

فهرس المجلد الخامس من البدائع

الزيادة في المبيع والثمن والحط عن الثمن ١٩٣

حكمه الاجل

الجزء الخامس من البدايع

الجزء الخامس من
بدايع الصـ[illegible]
في ترتيب الشـ[illegible]
من فقه الا[illegible]
الاعظم ا[illegible]
الكو[illegible]
رحمه
الله

فهرست ما فيه من الكتب

وقف المولى المرحوم حاجي افندي
رحمه الله تعالى

بسم الله الرحمن الرحيم اللهم يسر وتمم بالخير يا كريم

كتاب الجنايات

الجناية في الأصل [نوعان] جناية على البهائم والجمادات وجناية على الآدمي أما
الجناية على البهائم والجمادات فنوعان أيضا غصب وإتلاف وقد ذكرنا كل
واحد منها في كتاب ال[غصب] وهذا الكتاب وضع لبيان حكم الجناية على الآدمي خاصة فنقول وبالله التوفيق صح
الجناية على الآدمي في الأصل أنواع ثلاثة جناية على النفس مطلقا وجناية على ما دون
النفس مطلقا وجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه أما الجناية على النفس
مطلقا فهي قتل المولود والكلام في القتل في مواضع في بيان أنواع القتل وفي بيان صفة
كل نوع وفي بيان حكم كل نوع منه صح أما الأول فالقتل أربعة أنواع قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العمد
وقتل عمد فيه شبهة العمد وهو المسمى شبه العمد وقتل هو خطأ محض ليس فيه
شبهة العمد وقتل هو في معنى القتل الخطأ أما القتل الذي هو عمد محض فهو أن يقصد
القتل بحديد له حد أو طعن كالسيف والسكين والرمح والإشفى والإبرة
وما أشبه ذلك أو ما يعمل عمل هذه الأشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج
وليط القصب والمروة والرمح الذي لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الآلة المتخذة
من النحاس وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود وسنجة الميزان وظهر
الفاس والمر ونحو ذلك عمد في ظاهر الرواية وروى الطحاوي عن أبي حنيفة
أنه ليس بعمد فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أو لا وعلى
رواية الطحاوي العبرة للجرح نفسه حديدا كان أو غيره وكذلك إذا كان في
معنى الحديد كالصفر والنحاس والآنك والرصاص والذهب والفضة
فحكمه حكم الحديد وأما شبه العمد فثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه
شبه عمد وبعضها مختلف فيه أما المتفق عليه فهو أن يقصد القتل بعصا
صغيرة أو بحجر صغير أو لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط
ونحوه إذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال في الضربات وأما المختلف فيه
فهو أن يضرب بالسوط الصغير ويوالي في الضربات إلى أن يموت وهذا شبه
عمد بلا خلاف بين أصحابنا وعند الشافعي هو عمد وإن قصد قتله بما يغلب
فيه الهلاك مما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا
الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي
هو عمد ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد فما كان شبه عمد في النفس فهو
عمد فيما دون النفس لأن ما دون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون آلة عادة فاستوى

الآلات

2

الآلات كلها في الدلالة على القصد فكان الفعل عمدا محضا فينظر إن أمكن إيجاب القصاص
يجب القصاص وإن لم يمكن يجب الأرش وأما القتل الخطأ فالخطأ قد يكون في
نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل أما الأول فنحو أن يقصد صيدا فيصيب
آدميا أو أن يقصد رجلا فيصيب غيره فإن قصد عضوا من رجل فأصاب عضوا
آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ وأما الثاني فنحو أن يرمي إلى إنسان على ظن أنه
حربي أو مرتد فإذا هو مسلم وأما الذي هو في معنى الخطأ فنذكر صفته وحكمه
بعد هذا إن شاء الله تعالى فهذه صفات هذه الأنواع وأما بيان أحكامها فوقوع
القتل بإحدى هذه الصفات لا يخلو إما أن علم وإما أن لم يعلم بأن وجد
قتيل لا يعلم قاتله فإن علم ذلك أما القتل العمد المحض فيتعلق به أحكام
منها وجوب القصاص والكلام في القصاص في مواضع في بيان شرائط
وجوب القصاص وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان من يستحق القصاص
وفي بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه وفي بيان ما يستوفى
به القصاص وكيفية الاستيفاء وفي بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه أما
الأول فلوجوب القصاص شرائط بعضها يرجع إلى القاتل وبعضها يرجع إلى
المقتول وبعضها يرجع إلى نفس القتل وبعضها يرجع إلى ولي القتيل أما
الذي يرجع إلى القاتل فخمسة أحدها أن يكون عاقلا والثاني أن يكون بالغا فإن
كان مجنونا أو صبيا لا يجب لأن القصاص عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة لأنها
لا تجب إلا بالجناية وفعلهما لا يوصف بالجناية ولهذا لم تجب عليهما الحدود
وأما ذكورة القاتل وحريته وإسلامه فليس من شرائط الوجوب والثالث
أن يكون متعمدا في القتل قاصدا إياه فإن كان مخطئا فلا قصاص عليه لقوله
عليه السلام العمد قود أي القتل العمد يوجب القود شرط العمدية لوجوب
القود ولأن القصاص عقوبة متناهية فيستدعي جناية متناهية والجناية
لا تتناهى إلا بالعمد والرابع أن يكون القتل منه عمدا محضا ليس فيه شبهة
العدم لأن النبي صلى الله عليه وسلم شرط العمد مطلقا بقوله العمد قود والعمد
المطلق هو العمد من كل وجه ولا كمال مع شبهة العدم ولأن الشبهة في هذا
الباب ملحقة بالحقيقة وعلى هذا يخرج القتل بضربة أو ضربتين على قصد
القتل أنه لا يوجب القود لأن الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة
بل التأديب والتهذيب فتمكنت في القصد شبهة العدم وعلى هذا يخرج قول
أصحابنا في الموالاة في الضربات أنها لا توجب القصاص خلافا للشافعي وجه

قوله ان الموالات في الضربات دليل قصد القتل لانها لا يقصد بها التاديب
عادة واصل القصد موجود فيتمحض القتل عمدا فيوجب القصاص ولنا ان شبهة
عدم القصد ثابتة لانه يحتمل حصول القتل بالضربة والضربتين على سبيل
الاستقلال من غير الحاجة الى الضربات الاخر والقتل بضربة او ضربتين لا يكون
عمدا فتبين بذلك انه لا يوجب القصاص واذا جا الاحتمال جات الشبهة وزيادة
وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة رحمه الله في القتل بالمثقل انه لا يوجب القود خلافا
لابي يوسف ومحمد والشافعي وجه قولهم ان الضرب بالمثقل يهلك عادة
الا ترى انه لا يستعمل الا في القتل فكان استعماله دليل القصد الى القتل كاستعمال
السيف وقد انضم اليه اصل القصد فكان القتل الحاصل به عمدا محضا ولابي حنيفة
رحمه الله طريقان مختلفان على حسب اختلاف الروايتين عنه احدهما ان القتل
بالة غير معدة للقتل دليل عدم القصد والمثقل وما يجري مجراه ليس بمعد
للقتل عادة فكان القتل به دلالة عدم القصد فيتمكن في العمد به شبهة العدم
بخلاف القتل بحديد لانه لا حد له لان الحديد الة معدة للقتل قال الله تعالى وانزلنا
الحديد فيه باس شديد والقتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد
فيتمحض عمدا وهذا على قياس ظاهر الرواية والثاني وهو قياس رواية
الطحاوي وهو اعتبار الجرح انه تمكن القصور في هذا القتل لوجود افساد
الباطن والظاهر جميعا فلا يتحقق المماثلة وعلى هذا الخلاف اذا احرق رجلا
فقتله او غرقه بالما او القاه من جبل او سطح فمات انه لا قصاص فيه عند
ابي حنيفة وعندهما يجب ولو طين على احد بيتا حتى مات جوعا او عطشا
لا يضمن شيا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يضمن الدية وجه
قولهما ان الطين الذي عليه كان تسبيبا لاهلاكه لانه لا بقا للادمي الا بالاكل والشرب
فالمنع عند استيلا الجوع والعطش عليه يكون اهلاكا له فاشبه حفر البير
على قارعة الطريق ولابي حنيفة ان الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطيين
ولا صنع لاحد في الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع والحفر حصل
من الحافر فكان قتلا تسبيبا ولو اطعم غيره سما فمات فان كان تناوله بنفسه
فلا ضمان على الذي اطعمه لانه اكله باختياره لكنه يعزر ويضرب ويودب
لانه ارتكب جناية ليس لها حد مقدر وهي الغرور فان اوجره السم فعليه
الدية عندنا وعند الشافعي عليه القصاص ولو غرق انسانا فمات او صاح
على وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعليه الدية وعنده عليه القود والخامس

ان

٢

3 ان يكون القاتل مختارا اختيار الايثار عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر والشافعي
هذا ليس بشرط وعلى هذا يخرج المكره على القتل انه لا قصاص عليه عندنا خلافا
لهما والمسلة مرت في كتاب الاكراه واما الذي يرجع الى المقتول فثلاثة انواع
احدها ان لا يكون جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده لا قصاص عليه وكذلك
الجد ابو الاب او ابو الام وان علا وكذلك اذا قتل الرجل ولد ولده وان سفلوا
وكذا الام اذا قتلت ولدها وام الام او ام الاب اذا قتلت ولد ولدها والاصل فيه
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقاد الوالد بولده واسم الوالد
والولد يتناول كل والد وان علا وكل ولد وان سفل ولو كان في ورثة المقتول
ولد القاتل او ولد ولده فلا قصاص لانه تعذر ايجاب القصاص للولد في
نصيبه فلا يمكن الايجاب للباقين لانه لا يتجزى وتجب الدية للكل ويقتل
الولد بالوالد لعمومات القصاص من غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص
الخاص فبقي الولد داخلا تحت العموم ولان القصاص شرع لتحقيق حكمة
الحياة بالزجر والردع والحاجة الى الزجر في جانب الولد لا في جانب الوالد لان
الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه بوصول النفع اليه من جهته او يحب لحياة الذكر
لما يحيى به ذكره وفيه ايضا زيادة شفقة تمنع الوالد عن قتله واما الولد فانما
يحب والده لنفسه وهو وصول النفع اليه من جهته فلم تكن محبته وشفقته
مانعة من القتل فلزم المنع بشرع القصاص كما في الاجانب ولان محبة الولد
لوالده لما كانت لمنافع تصل اليه من جهته لا لعينه فربما يقتل الوالد ليتعجل
الوصول الى املاكه لا سيما اذا كان لا يصل النفع اليه من جهته لعوارض ومثل
هذا يندر في جانب الاب والثاني ان لا يكون ملك القاتل ولا له فيه شبهة
الملك حتى لا يقتل المولى بعبده لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا
السيد بعبده ولانه لو وجب القصاص لوجب له والقصاص الواحد كيف
يجب له وعليه وكذا اذا كان يملك بعضه فقتله لا قصاص عليه لانه لا يمكن
استيفا بعض القصاص دون بعض لانه غير متجزي وكذا اذا كان له فيه
شبهة الملك كالمكاتب اذا قتل عبدا من كسبه لان للمكاتب شبهة الملك
في اكسابه والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة ولا يقتل المولى بمدبره
وام ولده ومكاتبه لانهم مماليكه حقيقة الا ترى لو قال كل مملوك له فهو
حر عتق هولا الا المكاتب فانه لا يعتق الا بالنية لقصور في الاضافة اليه
بالملك لزوال ملك اليد ويقتل العبد بمولاه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب

لعمومات النصوص ولتحقيق ما شرع له القصاص وهو الحياة بالزجر والردع
بخلاف المولي اذا قتل هولان شفقة المولي على ماله تمنعه عن القتل عند
سيحان العداوة الحاملة على القتل الا نادرا فلا حاجة الى الزجر بالقصاص
بخلاف العبد ولو اشترك اثنان في قتل رجل احدهما ممن يجب القصاص عليه
لو انفرد والاخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا كالصبي مع البالغ والمجنون
مع العاقل والخاطي مع العامد والاب مع الاجنبي والمولي مع الاجنبي لا
قصاص عليهما عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص على العاقل
والبالغ والاجنبي الا العامد فانه لا قصاص عليه اذا شاركه الخاطي وجه
قوله ان سبب الوجوب وجد من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا انه
امتنع الوجوب على احدهما لمعني يخصه فيجب على الاخر ولنا انه تمكنت شبهة
عدم القتل في فعل كل واحد منهما لانه يحتمل ان يكون فعل من لا يجب عليه
القصاص لو انفرد مستقلا في القتل فيكون فعل الاخر فضلا ويحتمل على
القلب وهذه الشبهة ثابتة في الشريكين الاجنبيين الا ان الشرع اسقط
اعتبارها والحقها بالعدم فتحا لباب القصاص وسدا لباب العدوان لان
الاجتماع ثم يكون غالبا وها هنا اندر فلم يكن في معني مورد الشرع فلا يلحق به
وعليهما الدية لوجود القتل الا انه امتنع وجوب القصاص للشبهة فتجب
الدية ثم ما يجب على الصبي والمجنون والخاطي تتحمله العاقلة وما يجب
على البالغ والعامد يكون في ماله لان القتل عمد لكن سقط القصاص للشبهة
والعاقلة لا تعقل وفي الاب والاجنبي الدية في مالهما لان القتل عمد وفي المولي
مع الاجنبي نصف قيمة العبد في ماله لما قلنا وكذلك اذا جرح نفسه وجرحه
اجنبي فمات لا قصاص على الاجنبي عندنا خلافا للشافعي وعلى الاجنبي نصف
الدية لانه مات بجرحين احدهما هدر والاخر معتبر وعلى هذا مسايل
تاتي في موضع اخر ان شاء الله تعالى والثالث ان يكون معصوم الدم مطلقا فلا
يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة اصلا ورأسا
ولا بالحربي المستامن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل موقتة
الى غاية مقامه في دار الاسلام وهذا لان المستامن من اهل دار الحرب وانما دخل
دار الاسلام لا لقصد الاقامة بل لعارض حاجة يدفعها ثم يعود الى وطنه
الاصلي فكانت في عصمته شبهة العدم وروى عن ابي يوسف انه يقتل به قصاصا
لقيام العصمة وقت القتل وهل يقتل المستامن بالمستامن ذكر في السير

الكبير

الكبير انه يقتل وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يقتل ولا يقتل العادل بالباغي
لعدم العصمة بسبب الحراب لانهم يقصدون اموالنا وانفسنا ويستحلونها
وقد قال عليه السلام قاتل دون نفسك وقاتل دون مالك ولا يقتل الباغي بالعادل
ايضا عندنا وعند الشافعي يقتل لان المقتول معصوم مطلقا ولنا انه غير معصوم
في زعم الباغي لانه يستحل دم العادل بتاويل وتاويله وان كان فاسدا لكن له
منعة والتاويل الفاسد عند وجود المنعة الحق بالتاويل الصحيح في حق وجوب
الضمان باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن الزهري انه قال وقعت الفتنة
واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا على ان كل دم استحل
بتاويل القران فهو موضوع وعلى هذا يخرج ما اذا قال الرجل لاخر اقتلني فقتله
انه لا قصاص عليه عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب القصاص وجه قوله
ان الامر بالقتل لم يقدح في العصمة لان عصمة النفس مما لا تحتمل الاباحة بحال
الا ترى انه ياثم بالقول فكان الامر ملحقا بالعدم بخلاف الامر بالقطع لان عصمة
الطرف تحتمل الاباحة في الجملة فجاز ان يؤثر الامر فيها ولنا انه تمكنت في
هذه العصمة شبهة العدم لان الامر وان لم يصح حقيقته فصيغته تورث
شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة واذا لم يجب القصاص فهل
تجب الدية فيه روايتان عن ابي حنيفة في رواية تجب وفي رواية لا تجب
وذكر القدوري ان هذا اصح الروايتين وهو قول ابي يوسف ومحمد وينبغي ان
يكون الاصح هو الاولى لان العصمة قايمة مقام الحرمة وانما سقط القصاص لمكان
الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال ولو قال اقطع يدي فقطع لا شي عليه
بالاجماع لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وعصمة الاموال تثبت
حقا له فكانت محتملة للسقوط بالاباحة والاذن كما لو قال له اتلف مالي فاتلفه
ولو قال اقتل عبدي او اقطع يده فقتل فلا ضمان عليه لان عبده ماله وعصمة
ماله تثبت حقا له فجاز ان تسقط باذنه كما في ساير امواله ولو قال اقتل اخي
فقتله وهو وارثه فالقياس ان يجب القصاص وهو قول زفر وقال ابو حنيفة
استحسن ان اخذ الدية من القاتل وجه القياس ان الاخ الامر اجنبي عن دم اخيه
فلم يصح اذنه بالقتل فالتحق بالعدم وجه الاستحسان ان القصاص لو وجب
بقتل اخيه لوجب له والقتل حصل باذنه والاذن وان لم يعمل شرعا لكنه وجد
حقيقة من حيث الصيغة فوجوده يورث شبهة كالاذن بقتل نفسه والشبهة
لا تؤثر في وجوب المال فيجب المال وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة فيمن امر

ايضا انا ان يقتل ابنه فقتله انه يقتل به وهذا يوجب اختلاف الروايتين في المسئلتين
ولو امره ان يشجه فشجه فلا شي عليه ان لم يمت من الشجة لان الامر بالشجة كالامر
بالقطع وان مات منها كانت عليه الدية كذا ذكر في الكتاب ويحتمل ان يكون هذا على اصل
ابي حنيفة خاصة بناء على ان العفو عن الشجة لا يكون عفوا عن القتل عنده فكذا الامر
بالشجة لا يكون امرا بالقتل فلما مات تبين ان الفعل وقع قتلا من حين وجوده لا
شجا وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية فاما على
اصلهما فينبغي ان لا يكون عليه شي لان العفو عن الشجة يكون عفوا عن القتل عندهما
فكذا الامر بالشجة يكون امرا بالقتل وروى ابن سماعة عن محمد فيمن امر انسانا بان
يقطع يده ففعل فمات من ذلك انه لا شي على قاطعه ويحتمل ان يكون هذا قولهما
خاصة كما قالا فيمن له القصاص في الطرف اذا قطع طرف من عليه القصاص فمات
انه لا شي عليه فاما على قول ابي حنيفة فينبغي ان تجب الدية لانه لما مات تبين
ان الفعل وقع قتلا والمامور به القطع لا القتل وكان القياس ان يجب القصاص كما
قال فيمن يجب له القصاص في الطرف الا انه سقط لمكان الشبهة فتجب الدية
وهذا تخرج الحربي اذا اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم انه لا قصاص
عليه عندنا لانه وان كان مسلما لكنه من اهل دار الحرب قال الله تعالى فان كان
من قوم عدو لكم وهو مومن فكونه من اهل دار الحرب اورث شبهة في عصمته
ولانه اذا لم يهاجر الينا فهو مكثر سواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم
على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وان لم يكن منهم دينا فهو منهم دارا فيورث
الشبهة ولو كانا مسلمين تاجرين او اسيرين في دار الحرب فقتل احدهما
صاحبه فلا قصاص ايضا وتجب الدية والكفارة في التاجرين وفي الاسيرين
خلاف ذكرناه في كتاب السير ولا يشترط ان يكون المقتول مثل القاتل في كمال
الذات وهو سلامة الاعضا ولا ان يكون مثله في الشرف والفضيلة فيقتل
سليم الاطراف بمقطوع الاطراف والاشل ويقتل العالم بالجاهل والشريف
بالوضيع والعاقل بالمجنون والبالغ بالصبي والذكر بالانثى والحر بالعبد والمسلم
بالذمي الذي يودي الجزية وتجري عليه احكام الاسلام وقال الشافعي كون
المقتول مثل القاتل في شرف الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص ونقصان
الكفر والرق يمنع من الوجوب فلا يقتل المسلم بالذمي ولا الحر بالعبد ولا خلاف في
ان الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل انه يقتل به قصاصا وكذا العبد اذا قتل عبدا
ثم عتق القاتل احتج في قتل المسلم بالذمي بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا

يقتل مسلم بكافر وهذا نص في الباب ولان في عصمته شبهة العدم لثبوتها مع قيام
المنافي وهو الكفر لانه مبيح في الاصل لكونه جناية متناهية فيوجب عقوبة
متناهية وهو القتل لكونه من اعظم العقوبات الدنياوية الا انه منع من قتله
لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة فقيامه يورث شبهة ولهذا لا يقتل المسلم
بالمستامن فكذا الذمي ولان المساواة شرط وجوب القصاص ولا مساواة بين
المسلم والكافر الا ترى ان المسلم مشهود له بالسعادة والكافر مشهود له بالشقا
فانى يتساويان ولنا عمومات القصاص من نحو قوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى
ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا من غير فصل بين قتيل وقتيل ونفس
ونفس ومظلوم ومظلوم فمن ادعى التخصيص او التقييد فعليه الدليل وقوله
تعالى ولكم في القصاص حياة وتحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي ابلغ منه
في قتل المسلم بالمسلم لان العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصا عند الغضب
ويجب عليه قتله لغير ما به فكانت الحاجة الى الزاجر امس فكان في شرع
القصاص فيه في تحقيق معنى الحياة ابلغ وروى محمد بن الحسن باسناده عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اقاد مومنا بكافر وقال انا احق من وفى بذمته
واما الحديث فالمراد من الكافر المستامن لانه قال صلى الله عليه وسلم لا يقتل مومن بكافر ولا ذو
عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل
مومن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول او نحمله على هذا توفيقا بين الدلايل
صيانة لها عن التناقض واما قوله في عصمته شبهة العدم ممنوع بل دمه
حرام لا يحتمل الاباحة بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام
وقوله الكفر مبيح على الاطلاق ممنوع بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب
وكفره ليس بباعث على الحراب فلا يكون مبيحا وقوله لا مساواة بين المسلم والكافر
قلنا المساواة في الدين ليس بشرط الا ترى ان الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل
يقتل به قصاصا ولا مساواة بينهما في الدين لكن القصاص بحسبه امتحنوا الخلق
بذلك فكل من كان اقبل عن الله تعالى واشكر لنعمه كان اولى بهذه المحنة لان
العذر له في ارتكاب المحذور اقل وهو بالوفا بعهد الله تعالى اولى ونعم الله
تعالى في حقه اكمل فكانت جنايته اعظم واحتج في قتل الحر بالعبد بقوله تعالى
الحر بالحر والعبد بالعبد فسر القصاص المكتوب في صدر الاية بقتل
الحر بالحر والعبد بالعبد فيجب ان لا يكون قتل الحر بالعبد قصاصا ولانه

ص
اذا امر عليه
ولا

لا مساواة بين النفسين في العصمة لوجهين احدهما ان الحر ادمي من كل وجه والعبد
ادمي من وجه مال من وجه وعصمة الحر تكون له وعصمة العبد تكون للمالك
والثاني ان في عصمة العبد شبهة العدم لان الرق اثر الكفر والكفر مبيح في
الاصل وكان في عصمته شبهة العدم وعصمة الحر ثابتة مطلقة فانى
يستويان في العصمة وكذا لا مساواة بينهما في الفضيلة والكمال لان الرق يشعر
بالذل والنقصان والحرية تنبئ عن العزة والشرف ولنا عمومات
القصاص وهو الحياة لا تحصل الا بايجاب القصاص على الحر بقتل العبد م لم يفصل بين الحر والعبد ولان ما شرع له القصاص ص
لان حصوله يقف على حصول الامتناع عن القتل خوفا على نفسه فلو لم يجر
القصاص بين الحر والعبد لا يخشى الحر تلف نفسه بقتل العبد فلا يمتنع عن
قتله بل يقدم عليه عند اسباب حامله على القتل من الغيظ المفرط ونحو ذلك
فلا يحصل معنى الحياة ولا حجة له في الاية لان فيها ان قتل الحر بالحر والعبد
بالعبد قصاص وهذا لا ينفي ان يكون قتل الحر بالعبد قصاصا لان التنصيص
لا يدل على التخصيص ونظيره قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ثم البكر اذا زنا بالثيب وجب
الحكم الثابت بالحديث فدل انه ليس يذكر يشكل تخصيص الحكم به يدل
عليه ان العبد يقتل بالحر والانثى بالذكر ولو كان التنصيص على الحكم في نوع
موجبا تخصيص الحكم به لما قتل ثم قوله والانثى بالانثى حجة عليكم وقوله العبد م لانه قابل الانثى بالانثى مطلقا فيقتضي ان تقتل الحرة بالامة وعندكم لا تقتل فكان حجة عليكم ص
ادمي من وجه مال من وجه قلنا لا بل ادمي من كل وجه لان الادمي اسم
لشخص على هيئة مخصوصة منسوب الى ادم عليه السلام والعبد بهذه الصفة
فكانت عصمته مثل عصمة الحر بل فوقها على ان نفس العبد في الجناية له لا لمولاه
بدليل ان العبد لو اقر على نفسه بالقصاص والحد يؤخذ به ولو اقر عليه مولاه
بذلك لا يؤخذ به فكان نفس العبد في الجناية له لا للمولى كنفس الحر للحر واما
قوله الحر افضل من العبد فنعم لكن التفاوت في الشرف والفضيلة لا يمنع
وجوب القصاص الا ترى ان العبد لو قتل عبدا ثم اعتق القاتل يقتل به قصاصا
وان استفاد فضل الحرية وكذا الذكر يقتل بالانثى وان كان الذكر افضل من
الانثى وكذا لا تشترط المماثلة في العدد في القصاص في النفس وانما تشترط
في الفعل مقابلة الفعل زجرا وفي الفايت بالفعل جبرا حتى لو قتل جماعة
واحدا يقتلون به قصاصا وان لم يكن بين الواحد والعشرة مماثلة لوجود
المماثلة في الفعل والفايت به زجرا وجبرا على ما ذكرنا ونحو ما يجعل فيه القصاص

6

اذا قتل الجماعة الواحد لان القتل لا يوجد عادة الا على سبيل التعاون والاجتماع
ن فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص اذ كل من رام قتل غيره استعان
بغيره يضمه الى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وفيه تفويت ما شرع له
القصاص وهو الحياة هذا اذا كان القتل على الاجتماع فاما اذا كان على التعاقب
بان شق رجل بطنه ثم حز اخر رقبته فالقصاص على الحاز ان كان عمدا وان كان
خطا فالدية على عاقلته لانه هو القاتل لا الشاق الا ترى انه قد يعيش بعد
شق البطن بان تخاط بطنه ولا يحتمل ان يعيش بعد حز الرقبة عادة وعلى
الشاق ارش الشق وهو ثلث الدية لانه جايفة وان كان الشق نفذ من
الجانب الاخر فعليه ثلثا الدية في سنتين في كل سنة ثلث الدية لانهما جايفتان
هذا اذا كان الشق مما يحتمل ان يعيش بعده يوما او بعض يوم فاما اذا كان لا
يتوهم ذلك ولم يبق معه الا غمرات الموت والاضطراب فالقصاص على الشاق
به لانه القاتل ولا ضمان على الحاز لانه قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعزر لارتكابه
جناية ليس لها حد مقدر وكذلك لو جرحه رجل جراحة مثخنة لا يعيش
معها عادة ثم جرحه اخر جراحة اخرى فالقصاص على الاول لانه القاتل الا انه
يفعل مؤثر في فوات الحياة عادة فان كانت الجراحتان معا فالقصاص عليهما لانهما
قاتلان ولو جرحه احدهما جراحة واحدة والاخر عشر جراحات فالقصاص
عليهما ولا عبرة لكثرة الجراحة لان الانسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت
بلغ بجراحات كثيرة والله اعلم وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء ولا يجب
مع القود شيء من المال عندنا وقال الشافعي ينظر ان قتلهم على التعاقب يقتل
بالاول قصاصا وتؤخذ ديات الباقين من تركته وان قتلهم معا فله فيه
قولان في قول يقرع بينهم فمن خرجت قرعته يقتل به وتجب الديات للباقين
وفي قول يجتمع اولياء القتلى فيقتلونه وتقسم ديات الباقين بينهم وجه
قوله ان المماثلة مشروطة في باب القصاص ولا مماثلة بين الواحد والجماعة
فلا يجوز ان يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفاء فيقتل الواحد بالواحد
واحد م وتجب الديات للباقين كما لو قطع يميني رجلين انه لا يقطع بهما اكتفاء
بل يقطع باحدهما وعليه ارش الاخرى لما قلنا الا ان هذا وكان ينبغي ان لا
تقتل الجماعة بالواحد قصاصا الا انا عرفنا ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم
غير معقول او معقولا بحكمة الزجر والردع لما يغلب وجود القتل بصفة
الاجتماع فتقع الحاجة الى الزجر فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال كان ليس معه

غيره تحقيقا للزجر وقتل الواحد الجماعة لا يغلب وجوده بل يندر فلم يكن
في معنى ما ورد الشرع به فلا يلحق به وانا نقول حق الاولياء في القتل مقدور
الاستيفاء لهم فلو اوجبنا معه المال لكان زيادة على القتل وهذا لا يجوز
والدليل على ان القتل مقدور الاستيفاء لهم ان التماثل في باب القصاص
اما ان يراعى في الفعل زجرا واما ان يراعى في الفائت بالفعل جبرا واما
ان يراعى فيهما جميعا وكل ذلك موجود ها هنا اما في الفعل زجرا فلان
الموجود من الواحد في حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر في فوات الحياة
عادة والمستحق لكل واحد من اولياء القتلى قتل القاتل قتله وكان الجزاء مثل
الجناية واما في الفائت جبرا فلانه بقتله الجماعة ظلما انعقد سبب
هلاك ورثة القتلى لانهم يقصدون قتله طلبا للثار وتشفيا للصدر
فيقصد هو قتلهم دفعا للهلاك عن نفسه فتقع المحاربة بين القبيلتين
ومتى قتل بهم سكنت الفتنة واندفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق
الجبر بالقدر الممكن كما في قتل الواحد بالواحد فحق الجماعة بالواحد من غير تفاوت
واما الذي يرجع الى نفس القتل فنوع واحد وهو ان يكون القتل مباشرة
فان كان تسبيبا لا يجب القصاص لان القتل تسبيبا لا يساوي القتل مباشرة
والجزاء قتل بطريق المباشرة وعلى هذا يخرج من حفر بئرا على قارعة
الطريق فوقع فيها انسان ومات انه لا قصاص على الحافر لان الحفر
قتل تسبيبا لا مباشرة وعلى هذا يخرج شهود القصاص اذا رجعوا بعد قتل
المشهود عليه او جاء المشهود بقتله حيا انه لا قصاص عليهم عندنا خلافا
للشافعي وجه قوله ان شهادة الشهود وقعت قتلا لان القتل اسم لفعل
مؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد من الشهود لان شهادتهم مؤثرة
في ظهور القصاص والظهور مؤثر في وجوب القضاء على القاضي
وقضاء القاضي مؤثر في ولاية الاستيفاء وولاية الاستيفاء مؤثرة في الاستيفاء
طبعا وعادة وكانت فوات الحياة بهذه الوسائط مضافا الى الشهادة
السابقة وكانت شهادتهم قتلا تسبيبا والقتل تسبيبا مثل القتل مباشرة
في حق وجوب القصاص كالاكراه على القتل انه يوجب القصاص على
المكره وان لم يكن قتلا بطريق المباشرة لوقوعه قتلا بطريق التسبيب
كذا هذا ولنا ما ذكرنا ان القتل تسبيبا قتل معنى لا صورة والقتل مباشرة
صورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة بخلاف الاكراه على القتل لانه قتل مباشرة

لانه

قصاصا عن ورثتهم فيحصل الحياة لكل قتيل معنى بقاء حياة ورثته بسبب القصاص فيصير كأن القاتل رد حياة كل قتيل تقديرا بدفع سبب الهلاك ص

تفسير القتل

7

لانه يجعل المكره آلة المكره كانه اخذه وضرب به على المكره حتى قتله والفعل
يستعمل الالة لا للالة فكان قتلا مباشرة ويضمنون الدية لوجود القتل
منهم وهل يرجعون بها على الولي اختلف اصحابنا الثلاثة فيه قال ابو حنيفة
لا يرجعون وقال ابو يوسف ومحمد يرجعون لهما ان الشهود باداء
الضمان قاموا مقام المقتول في ملك بدله لانهم قاموا مقامه في ملك عينه
فاشبه غاصب المدبر اذا غصب منه فمات في يد الغاصب الثاني ان
للاول ان يرجع على الثاني بما ضمنه المالك لما ذكرنا كذا هذا ولابي حنيفة
ان الدية بدل النفس ونفس الحر لا تحتمل التملك فلا يثبت الملك لهم
في البدل بخلاف المدبر لانه يحتمل التمليك لكونه قابلا الا انه امتنع
ثبوت الملك فيه لعارض وهو التدبير فيثبت في بدله والله اعلم واما
الذي يرجع الى ولي القتيل فنوع ايضا وهو ان يكون الولي معلوما فان
كان مجهولا لا يجب القصاص لان وجوب القصاص وجوب للاستيفاء
والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الايجاب له وعلى هذا يخرج ما اذا
قتل المكاتب وترك وفاء وورثته احرارا غير المولى انه لا قصاص على
القاتل بالاجماع لان الولي مشتبه يحتمل ان يكون هو الوارث ويحتمل ان يكون هو
المولى لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم في موته حرا او عبدا فان مات
حرا كان وليه الوارث وان مات عبدا كان وليه المولى وموضع الاختلاف
موضع التعارض والاشتباه فلم يكن الولي معلوما فامتنع الوجوب وان اجتمعا
ليس لهما ان يستوفيا لان الاشتباه لا يزول بالاجتماع هذا اذا ترك وفاء وورثته
غير المولى فاما اذا ترك وفاء ولم يترك ورثة غير المولى فقد اختلف اصحابنا
فيه قال ابو حنيفة وابو يوسف يجب القصاص للمولى وقال محمد لا يجب اصلا
وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وجه قول محمد انه وقع الاشتباه في سبب
ثبوت الولاية لانه ان مات حرا كان سبب ثبوت الولاية القرابة فلا تثبت
الولاية للمولى وان مات عبدا كان السبب هو الملك فتثبت الولاية للمولى فوقع
الاشتباه في ثبوت الولاية فلا تثبت ولهما ان من له الحق متعين غير مشتبه
لان الاشتباه يوجب المزاحمة ولم توجد ولو قتل ولم يترك وفاء وجب
القصاص بالاجماع لان الولي معلوم وهو المولى لانه يموت رقيقا بلا خلاف
وكان القصاص للمولى كالعبد القن اذا قتل وكذلك المدبر والمدبرة وام
الولد وولدها بمنزلة العبد القن لانهم قتلوا على ملك المولى فكان الولي

ان يستوفيا

معلوما ولو قتل عبد المكاتب فلا قصاص لان المكاتب له نوع ملك وللمولى ايضا
فيه نوع ملك فاشتبه الولي فامتنع الوجوب وعلى هذا يخرج ما اذا قطع رجل
يد عبد فاعتقه مولاه ثم مات من ذلك انه ان كان للعبد وارث حر غير المولى
فلا قصاص لاشتباه ولي القصاص لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى القطع
السابق والحق عند القطع للمولى لا للورثة وعند ثبوت الحكم وهو الوجوب
وذلك عند الموت الحق للوارث لا للمولى فاشتبه الولي فلم يجب القصاص
ولو اجتمع المولى مع الوارث فلا قصاص لان الاشتباه لا يزول باجتماعهما فرق
بين هذا وبين العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لاخر قتل واجتمعا انه يجب
القصاص لان هناك لم يشتبه الولي لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة
حقا يشبه الملك فلم يشتبه الولي وهاهنا اشتبه الولي لان وقت القطع لم
يكن للوارث فيه حق ووقت الموت لم يكن للمولى فيه حق فصار الولي مشتبها
فامتنع الوجوب وان لم يكن وارث سوى المولى فهو على الاختلاف الذي ذكرنا
ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف للمولى ان يستوفي القصاص لان الحق له
وقت القطع ووقت الموت وعلى قول محمد ليس له حق الاقتصاص لاشتباه
سبب الولاية لان الثابت للمولى وقت القطع كان ولاية الملك وبعد الموت له
ولاية ولاء العتاقة فاشتبه سبب الولاية هذا اذا كان القطع عمدا فاما اذا كان
خطا فاعتقه ثم مات من ذلك فلا شي على القاطع غير ارش اليد وهو نصف
قيمة العبد واعتاقه اياه بمنزلة برئه في اليد لتبدل المحل حكما بالاعتاق
فتنقطع به السراية هذا اذا اعتقه المولى بعد القطع عمدا او خطا فمات
من ذلك فاما اذا لم يعتقه ولكنه دبره او كانت امة فاستولدها ثم ماتت من
ذلك فان كان القطع عمدا فللمولى القصاص لان الحق له وقت القطع والموت جميعا
فلم يشتبه الولي وان كان خطا لا تنقطع السراية فيجب نصف القيمة دية اليد
ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت لحصول ذلك في ملك المولى ولو كاتبه
والمسئلة بحالها فان كان القطع عمدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى القصاص لانه
مات عبدا وان مات عن وفا فان كان له وارث يحجب المولى او يشاركه لا يجب
القصاص لاشتباه الولي وعليه ارش اليد لا غير ولو لم يكن له وارث غير المولى
فللمولى ان يقتص عندهما وعند محمد ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد وان
كان القطع خطا لا شي على القاطع الا ارش اليد وهو نصف القيمة للمولى وتنقطع
السراية هذا اذا كان القطع قبل الكتابة فان كان بعدها فمات فان كان القطع

عمدا

عمدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى ان يقتص لانه مات عبدا وان مات عن وفاء
فان كان مع المولى وارث اخر او غيره يشاركه في الميراث فلا قصاص لاشتباه الولي
وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذي ذكرنا وان كان القطع خطا
فان مات عاجزا فالقيمة للمولى لانه مات عبدا وان مات عن وفا فالقيمة للورثة
لانه مات حرا والله اعلم **فصل** واما كيفية وجوب فهو انه واجب عينا القصاص
حتى لا يملك الولي ان ياخذ الدية من القاتل من غير رضاه ولو مات القاتل
او عفى الولي سقط الموجب اصلا وهذا عندنا وللشافعي قولان في قول
القصاص ليس بواجب عينا بل الواجب احد شيين غير عين اما القصاص
واما الدية وللولي خيار التعيين ان شا استوفى القصاص وان شا اخذ
الدية من غير رضا القاتل فعلى هذا القول اذا مات القاتل يتعين المال
واجبا فاذا عفى الولي يسقط الموجب اصلا وفي قول القصاص واجب عينا
لكن للولي ان ياخذ المال من غير رضا القاتل واذا عفا له ان ياخذ المال واذا
مات القاتل سقط الموجب اصلا واحتج بقوله تعالى فمن عفي له من اخيه
شي فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان معناه فليتبع وليود الدية ادب نه
على القاتل اداء الدية الى الولي مطلقا عن شرط الرضا ولان اداء الدية صيانة
النفس عن الهلاك وانه واجب قال الله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ولان
ضمان القتل يجب حقا للمقتول لان الجناية وردت على حقه فكان الواجب
بها حقا له وحق العبد ما ينتفع به المقتول والمقتول لا ينتفع بالقصاص
وينتفع بالمال لانه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه وكان ينبغي ان لا
يشرع القصاص اصلا الا انه شرع بحكمة الزجر لان الانسان لا يمتنع من
قتل عدوه خوفا من لزوم المال فشرع ضمانا زاجرا فكان ينبغي ان يجمع بينهما
كما في شرب خمر الذمي الا انه تعذر الجمع لان الدية بدل النفس وفي القصاص
معنى البدلية قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والبا بين
تستعمل في الابدال فيودي الى الجمع بين البدلين وهذا لا يجوز فيخير بينهما
ولنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وهذ والتعيين
يفيد تعين القصاص موجبا ويبطل مذهب الابهام جميعا اما الابهام عليه صح
فلانه اخبر عن كون القصاص واجبا فيصدق القول بانه واجب وان كان
عليه احد حقين لا يصدق القول على احدهما بانه واجب واما التعيين فلانه
اذا وجب عليه القصاص على الاشارة اليه بطل القول بوجوب الدية بضرورة

النص لانه لا قايل بالجمع بينهما فبطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل
ولان القصاص اذا كان عين حقه كانت الدية بدل حقه وليس لصاحب الحق
ان يعدل من عين الحق الى بدله من غير رضا من عليه الحق كمن عليه حنطة
موصوفة فاراد صاحب الحق ان ياخذ منه قيمتها من غير رضاه ليس له ذلك
كذا هذا وقوله عليه السلام العمد قود ووجه الاستدلال به على نحو وجه
الاستدلال بالاية ولان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل
والقصاص وهو القتل الثاني مثل القتل الاول لانه ينوب مناب الاول
ويسد مسده ومثل الشي غيره الذي ينوب منابه ويسد مسده واخذ
المال لا ينوب مناب القتل ولا يسد مسده فلا يكون مثلا له فلا يصلح
ضمانا للقتل العمد وكان ينبغي ان لا يجب اصلا الا ان الوجوب في قتل الخطا
ثبت شرعا تخفيفا على الخاطي نظرا له اظهارا لخطر الدم صيانة له عن
الهدر والعامد لا يستحق التخفيف والصيانة تحصل بالقصاص فبقي ضمانا
اصليا في الباب واما الاية فالمراد من قوله فمن عفي له من اخيه شي هو
الولي لا القاتل لانه قال فمن عفي له والقاتل معفو عنه لا معفو له ولانه قال
فاتباع بالمعروف اي فليتبع وانه امر لمن دخل تحت كلمة فمن ومعلوم
ان القاتل لا يتبع احدا بل هو المتبع وانما المتبع هو الولي فكان هو الداخل
تحت كلمة فمن فكان معنى الاية فمن بذل له او اعطي له من اخيه شي
بطريق الفضل والسهولة فليتبع بالمعروف ويجوز استعمال لفظ العفو
بمعنى الفضل لغة قال الله تعالى ويسلونك ماذا ينفقون قل العفو اي
الفضل وتقول العرب خذ ما اتاك عفوا اي فضلا ونحن به نقول
انه يجوز اخذ المال من القاتل برضاه وقيل الاية نزلت في الصلح عن دم
العمد وقيل نزلت في دم بين نفر يعفوا احدهم عن القاتل فللباقين
ان يتبعوا بالمعروف في نصيبهم لانه قال فمن عفي له من اخيه شي وهو العفو
عن بعض الحق ونحن به نقول او وقع الاحتمال في المراد بالاية فلا يصح
الاحتجاج بها مع الاحتمال وقوله في دفع الدية صيانة نفس القاتل عن
الهلاك وانه واجب قلنا نعم لكن قضيته ان يصير اثما بالامتناع لا ان
يملك الولي اخذه من غير رضاه كمن اصابته مخمصة وعند صاحبه طعام
يبيعه بمثل قيمته يجب عليه ان يشتريه دفعا للهلاك عن نفسه فان امتنع
عن الشرى ليس لصاحب الطعام ان يدفع الطعام اليه وياخذ الثمن من غير رضاه

كذا هذا وقوله المقتول لا ينتفع بالقصاص قلنا ممنوع بل ينتفع به اكثر مما ينتفع بلغ
بالمال لان فيه احياوه بابقاء ورثته احيا وهذا لا يحصل بالمال على ما عرف
واما بيان من يستحق القصاص فنقول ولا قوة الا بالله المقتول لا يخلو
اما ان يكون حرا واما ان يكون عبدا فان كان حرا لا يخلو اما ان يكون له وارث
واما ان لم يكن فان كان له وارث فالمستحق للقصاص هو الوارث كالمستحق
للمال لانه حق ثابت والوارث اقرب الناس الى الميت فيكون له ثم ان كان
الوارث واحدا استحقه وان كان جماعة استحقوه على سبيل الشركة كالمال
الموروث عنه ووجه قولهما في تمهيد هذا الاصل ان القصاص موجب
الجناية وانها وردت على المقتول فكان موجبها حقا له الا انه بالموت
عجز عن الاستيفا بنفسه فيقوم الوارث مقامه بطريق الارث عنه ويكون
مشتركا بينهم ولهذا يجري فيه سهام الورثة من النصف والثلث والسدس
وغير ذلك كما يجري في المال وهذا اية الشركة ولابي حنيفة رحمه الله ان
المقصود من القصاص هو التشفي وانه لا يحصل للميت ويحصل للورثة وكان
حقا لهم ابتدا والدليل على انه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان
ليس معه غيره لا على سبيل الشركة انه حق لا يتجزى والشركة فيما لا يتجزى
محال اذ الشركة المعقولة هي ان يكون البعض لهذا والبعض لذلك
كشريكي الارض والدار وذلك فيما لا يتبعض محال والاصل ان ما لا يتجزى
من الحقوق اذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد
منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كان ليس معه غيره كولاية
الانكاح وولاية الامان وعلى هذا يخرج ما اذا قتل انسان عمدا وله وليان
احدهما غايب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغايب انه يعيد
البينة عنده وعندهما لا يعيد ولا خلاف في القتل اذا كان خطا لا يعيد وكذلك
الدين بان كان لابيهما دين على انسان ووجه البنا على هذا الاصل ان عند
ابي حنيفة لما كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتدا كان كل واحد منهما اجنبيا
عن صاحبه فيقع اثبات البينة له لا للميت فلا يكون خصما عن الميت في
الاثبات فيقع الحاجة الى اعادة البينة ولما كان حقا موروثا على فرايض
الله تعالى عندهما والورثة خلفاوه في استيفا الحق يقع الاثبات للميت وكل
واحد من احاد الورثة خصم عن الميت في حقوقه كما في الدية والدين فيصح
فيه اثبات الكل للميت ثم يخلفونه كما في المال ولو قتل انسان وله وليان

عندهما وعند ابي حنيفة ثبتت لكل واحد على الانفراد

واحدهما غايب فاقام القاتل البينة على الحاضر ان الغايب قد عفا فالشاهد
خصم لان تحقق العفو من الغايب يوجب بطلان حق الحاضر عن القصاص
فكان القاتل مدعيا على الحاضر بطلان حقه فكان خصما له ويقضي عليه ومتى
قضي عليه يصير الغايب مقضيا عليه تبعا له والله اعلم وان لم يكن للقاتل
بينة لم يكن له ان يستحلف الحاضر لان الانسان قد ينتصب خصما عن غيره في
اقامة البينة اما لا ينتصب خصما عن غيره في اليمين وعلى هذا يخرج القصاص
اذا كان بين صغير وكبير ان للكبير ولاية الاستيفا عنده وعندهما ليس له
ذلك وينتظر بلوغ الصغير ووجه البنا ان عند ابي حنيفة رحمه الله لما
كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتدا لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال
لاستقلال سبب ثبوته في حق كل واحد منهم وعدم تجزيته في نفسه
يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره فلا معنى للتوقف
الاستيفا على بلوغ الصغير وعندهما لما كان حقا مشتركا بين الكل فاحد
الشريكين لا ينفرد بالتصرف في محل مشترك بدون رضي شريكه اظهارا
لعصمة المحل وتحرزا عن الضرر والصحيح اصل ابي حنيفة لما ذكرنا ان
القصاص لا يحتمل التجزية والشركة في غير المتجزي محال وانما تثبت
الشركة اذا انقلب مالا لان المال محل قابل للشركة على ان اباحنيفة رحمه
الله ان سلم ان القصاص مشترك بين الصغير والكبير فلا باس بالتسليم
لانه يمكن القتل بثبوت ولاية الاستيفا للكبير في نصيبه بطريق
الاصالة وفي نصيب الصغير بطريق النيابة شرعا كالقصاص اذا كان
بين انسان وابنه الصغير والجامع بينهما حاجتهما الى استيفا القصاص
لاحيا النفس وعجز الصغير عن الاستيفا بنفسه وقدرة الكبير على ذلك
وكون تصرفه في النظر والشفقة في حق الصغير مثل تصرف الصغير
بنفسه لو كان اهلا ولهذا يلي الاب والجد استيفا قصاص وجب كله
للصغير فهذا اولى ولابي حنيفة اجماع الصحابة ايضا فانه روي انه لما
جرح ابن ملجم عليا فقال للحسن رضي الله عنهما ان شيت فاقتله
وان شيت فاعف عنه وان تعفو خير لك فقتله الحسن وكان في ورثه
علي رضي الله عنه صغار والاستدلال من وجهين احدهما بقول علي والثاني
بفعل الحسن رضي الله عنه اما الاول فلانه خير الحسن حيث قال ان شيت
فاقتله مطلقا من غير التقييد ببلوغ الصغار واما الثاني فلان الحسن قتله

ابن

ابن ملجم ولم ينتظر بلوغ الصغار وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه
انكر عليهما احد فيكون اجماعا وان لم يكن له وارث وكان له مولى العتاقة وهو
المعتق فالمستحق للقصاص هو لان مولى العتاقة اخر العصبات ثم ان كان
واحدا استحق كله وان كانوا جماعة استحقوه وان كان للمقتول وارث
ومولى العتاقة ايضا فلا قصاص لان الولي مشتبه لاشتباه سبب الولاية
فالسبب في حق الوارث هو القرابة وفي حق المولى الولا وهما شيان مختلفان
واشتباه الولي يمنع وجوب القصاص وكذلك ان لم يكن له مولى العتاقة وله
مولى الموالاة لانه اخر الورثة فجاز ان يستحق القصاص كما يستحق المال وان
لم يكن له وارث ولا مولى العتاقة ولا مولى الموالاة كاللقيط وغيره فالمستحق
هو السلطان في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يستحقه اذا كان
المقتول حربيا والحجج تاتي في موضعها ان شا الله تعالى وان كان المقتول عبدا فالمستحق
هو المولى لان الحق قد ثبت واقرب الناس الى العبد مولاه ثم ان كان المولى
واحدا استحق كله وان كانوا جماعة استحقوه لوجود سبب الاستحقاق
في حق الكل وهو الملك **فصل** واما بيان من يلي استيفا القصاص وشرط
جواز استيفايه فولاية استيفا القصاص تثبت باسباب منها الوراثة
وجملة الكلام فيه ان الوارث لا يخلو اما ان كان واحدا واما ان كانوا جماعة
فان كان واحدا لا يخلو اما ان كان كبيرا واما ان كان صغيرا فان كان كبيرا
فله ان يستوفي القصاص لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه
سلطانا ولوجود سبب الولاية في حقه على الكمال وهو الوراثة من غير
مزاحمة وان كان صغيرا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينتظر بلوغه وقال
بعضهم يستوفيه القاضي وان كانوا جماعة فان كان الكل كبارا فلكل واحد
منهم ولاية استيفا القصاص حتى لو قتله احدهم صار القصاص مستوفيا
لان القصاص ان كان حق الميت فكل واحد من احاد الورثة يكون خصما
في استيفا حق الميت كما في المال وان كان حق الورثة ابتدا كما قال ابو حنيفة
فقد وجد سبب ثبوت الحق في حق كل واحد منهم الا ان حضور الكل
شرط جواز الاستيفا وليس للبعض ولاية الاستيفا مع غيبة البعض لان
فيه احتمال استيفا ما ليس بحق له لاحتمال العفو من الغايب والى هذا اشار
محمد رحمه الله فقال لا ادري لعل الغايب عفا ولذا اذا كان الكل حضورا لا يجوز
لهم ولا لاحدهم ان يوكل في استيفا القصاص على معنى انه لا يجوز للوكيل استيفا

القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال ان الغايب قد عفا ولان في اشتراط حضرة
الموكل رجا العفو منه عند معاينته حلول العقوبة بالقاتل وقد قال
تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم فاما الاستيفا
بالوكيل فجايز اذا كان الموكل حاضرا على ما نذكر وان كان فيهم صغير
وكبير فان كان الكبير هو الاب بان كان القصاص مشتركا بين الاب وابنه
الصغير فللاب ان يستوفيه بالاجماع لانه لو كان كل القصاص للصغير
كان للاب ان يستوفيه فهاهنا اولى وان كان الكبير غير الاب فللكبير
ان يستوفيه قبل بلوغ الصغير عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
والشافعي ليس له ذلك قبل بلوغ الصغير والكلام فيه يرجع الى اصل ذكرناه
بدلايله فيما تقدم ومنها الابوة فللاب والجد ان يستوفي قصاصا وجب
للصغير في النفس وفيما دون النفس لان هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية
الانكاح فيثبت لمن كان مختصا بكمال النظر والمصلحة في حق الصغير واما
الصغير الوصي فلا يكون له استيفا القصاص في النفس بان قتل عبد اليتيم لان تخصص صح
تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لقصور
في الشفقة الباعثة عليه بخلاف الاب والجد وله ان يستوفي القصاص
فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال على ما نذكر
وللوصي ولاية استيفا المال ومنها الملك المطلق وقت القتل فللمولى ان
يستوفي القصاص اذا قتل مملوكه اذا لم يكن في الاستيفا ابطال حق الغير
من غير رضاه لان الحق قد ثبت له وهو اقرب الناس اليه فله ان يستوفيه
وكذا اذا قتل مدبره ومدبرته وام ولده وولدها لان التدبير والاستيلاد لا
يوجب زوال الملك وكذا اذا قتل المكاتب ولم يترك وفاء لانه مات رقيقا
وكان ملك المولى قايما وقت القتل وذكر في المنتقى عن ابي حنيفة رحمه الله في
معتق البعض اذا قتل عاجزا انه لا قصاص ففرق بينه وبين المكاتب ووجه
الفرق ان موت المكاتب عاجزا يوجب انفساخ الكتابة وجعلها كان لم
تكن والقتل صادفه وهو قن وموت معتق البعض لا يوجب انفساخ
الاعتاق اذ الاعتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالقتل صادفه ولا ملك للمولى
في كله ولو قتل المكاتب وترك وفاء وورثته احرار سوى المولى لا قصاص
بالاجماع لانه لا يستوفيه المولى لوقوع الشك في قيام ملك المولى وقت القتل ولا
الوارث لاحتمال انه مات عبدا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم انه يموت حرا او

او عبدا

او عبدا فامتنع الوجوب وان لم يكن له وارث حر غير المولى فله ان يستوفي
القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا المسلة ولو
قتل العبد في يد البايع قبل القبض فان اختار المشتري اجازة البيع فله
ولاية الاستيفا بالاجماع لان الملك كان له وقت القتل وقد تقرر بالاجازة
فكان له ان يستوفي وان اختار فسخ البيع فللبايع ان يستوفي القصاص في
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف للبايع القيمة ولا قصاص له وجه
قوله ان الملك لم يكن ثابتا له وقت القتل وانما حدث بعد ذلك بالفسخ والسبب
حين وجوده لم ينعقد موجبا الحكم له فلا يثبت له لمعنى وجد بعد ذلك
ولابي حنيفة ان رد البيع فسخ له من الاصل وجعل اياه كان لم يكن واذا انفسخ
من الاصل تبين ان الجناية وردت على ملك البايع فيوجب القصاص له وكان
له ان يستوفي وليس للمشتري ولاية الاستيفا لهذا المعنى لان بالفسخ يظهر ان
العبد وقت القتل لم يكن على ملكه بل على ملك البايع ولو قتل الصداق في يد
الزوج او بدل الخلع في يدي المراة او بدل الصلح عن دم العمد في يدي الذي صالح
عليه فذلك بمنزلة البيع لان المستحق للصداق وبدل الخلع والصلح ان اختار
اتباع القاتل فقد تقرر ملكه فيجب القصاص له وان طالب بالقيمة فالملك في
العبد قد انفسخ فيجب القصاص للاخر على ما ذكرنا في البيع ولو قتل في يد المشتري
وللمشتري خيار الشرط او خيار الروية فالقصاص للمشتري قبض البايع الثمن
او لم يقبض لان الخيار قد سقط بموت العبد وابرم البيع وتقرر الملك
فيه للمشتري فوجب القصاص له فكان له ان يستوفي القصاص كما اذا
قتل في يده ولا خيار في البيع اصلا ولو كان الخيار للبايع فان شا اتبع القاتل فقتله
قصاصا وان شا ضمن المشتري القيمة اما اختيار اتباع القاتل فلان العبد وقت
القتل كان ملكا له واما اختيار تضمين المشتري القيمة فلانه كان مضمونا في
يده بالقيمة الا ترى لو هلك بنفسه في يده كان عليه قيمته ولا قصاص للمشتري
وان ملك العبد بالضمان لان الملك يثبت له بطريق الاستناد والمستند يظهر
من وجه ويقتصر من وجه فشبه الظهور يقتضي وجوب القصاص له
وشبه الاستناد يقتضي ان لا يجب فتمكنت الشبهة في الوجوب له فلا يجب
وكذا العبد المغصوب اذا قتل في يدي الغاصب واختار المالك تضمينه لم
الموصى له يكن للغاصب القصاص لما قلنا ولو قتل عبد موصى برقبته لرجل وبخدمته لاخر
لم ينفرد احدهما باستيفا القصاص لان المستوفى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة

فلا يملك الاستيفا بنفسه والموصى له بالرقبة وان ملك الرقبة لكن في استيفا القصاص
ابطال حق الموصى له بالخدمة لا الى بدل هو مال فلا يملكا ابطال حقه عليه من
غير رضاه واذا اجتمعا فللموصى له بالرقبة ان يستوفي لان المطلق للاستيفاء
موجود وهو قيام ملك الرقبة والامتناع كان لحق الموصى له بالخدمة فاذا رضي بسقوط
حقه فقد زال المانع ولو قتل العبد المرهون في يدي المرتهن لم يكن لواحد منهما
ان ينفرد بالاستيفا اما المرتهن فظاهر لان ملك الرقبة لم يكن ثابتا له وقت
القتل فلم يوجد سبب ثبوت ولاية الاستيفا في حقه واما الراهن فلان استيفاه
يتضمن بطلان حق المرتهن في الدين من غير رضاه لان الرهن يصير هالكا من
غير بدل لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال والقصاص لا يصلح
بدلا عن المالية لانه ليس بمال فيصير الرهن هالكا من غير بدل فيسقط دينه
فكان في استيفا به القصاص ابطال حق المرتهن من غير رضاه وهذا لا يجوز
ولو اجتمعا ذكر الكرخي ان للراهن ان يستوفي القصاص عند ابي حنيفة لان الامتناع
كان لحق المرتهن وقد رضي بسقوط حقه وعند محمد ليس له ان يستوفي وان
اجتمعا على الاستيفا وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا
قصاص على قاتله ولم يذكر الخلاف وقد ذكرنا وجه كل من ذلك في كتاب للمقتول
الرهن ومنها الولا اذا لم يكن للمولى الاسفل وارث لان الولا سبب الولاية
في الجملة الا ترى ان مولى العتاقة يزوج بالاجماع لانه اخر العصبات ومولى
الموالاة يزوج على اصل ابي حنيفة رحمه الله لانه اخر الورثة فان كان له وارث
فلا قصاص لاشتباه الولي فلا يتصور الاستيفا ومنها السلطنة عند عدم الورثة
والملك والولا كاللقيط ونحوه اذا قتل وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمة الله
عليهما وقال ابو يوسف ليس للسلطان ان يستوفي اذا كان المقتول من اهل
دار الاسلام وله ان ياخذ الدية وان كان من اهل دار الحرب فله ان يستوفي القصاص
وله ان ياخذ الدية وجه قوله ان المقتول في دار الاسلام لا يخلو عن ولي له عادة
الا انه ربما لا يعرف وقيام ولاية الولي تمنع ولاية السلطان ولهذا لا يملك العفو
بخلاف الحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم لان الظاهر ان لا ولي له في دار الاسلام
ولهما ان الكلام في قتيل لم يعرف له ولي عند الناس فكان وليه السلطان لقوله
عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد روي انه لما قتل عمر رضي الله عنه خرج
الهرمزان والخنجر في يده فظن عبيد الله ان هذا الذي قتل عمر فقتله فرفع
ذلك الى عثمان فقال علي لعثمان اقتل عبيد الله فامتنع عثمان فقال كيف

اقتل

اقتل رجلا قتل ابوه امس لا افعل ولكن هذا رجل من اهل الارض وانا وليه اعفوا
عنه واودي ديته واراد بقوله اعفوا عنه واودي ديته الصلح عن الدية
وللامام ان يصالح على الدية الا انه لا يملك العفو لان القصاص حق المسلمين
بدليل ان ميراثه لهم وانما الامام نايب عنهم في الاقامة وفي العفو اسقاط حقهم
اصلا وراسا وهذا لا يجوز ولهذا لا يملكه الاب والجد وان كانا يملكان استيفا
القصاص وله ان يصالح على الدية كما فعل عثمان رضي الله عنه والله اعلم **فصل**
واما بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفا فالقصاص لا يستوفى الا
بالسيف عندنا وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل فان مات والا تحز رقبته
حتى لو قطع يد رجل عمدا فمات من ذلك فان الولي يقتله وليس له ان يقطع
يده عندنا وعنده يقطع يده فان مات في المدة التي مات الاول فيها والا تحز
رقبته وجه قوله ان مبنى القصاص على المماثلة في الفعل لانه جزا الفعل
فيشترط ان يكون مثل الفعل الاول وذلك فيما قلنا وهو ان يفعل به مثل ما
فعل هو والموجود منه القطع فيجب ان يجازى بالقطع والظاهر في القطع
عدم السراية فان انتفت السراية والا تحز رقبته ويكون الحز تتميما للفعل
الاول لا اجزا مبتدا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والقود هو
القصاص والقصاص هو الاستيفا فكان هذا نفي استيفا القصاص الا بالسيف
ولان القطع اذا اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا من حين وجوده فلا
يجازى الا بالقتل ولو قطع ثم احتيج الى الحز كان ذلك جمعا بين القطع والحز
فلم يكن مجازاة بالمثل وقوله الحز يقع تتميما للقطع فاسد لان المتمم للشيء
لي من توابعه والحز قتل وهو اقوى من القطع فكيف يكون من تمامه وان اراد الو
ان يقتل بغير السيف لا يمكن لما قلنا ولو فعل يعزر ولكن لا ضمان عليه ويصير
مستوفيا باي طريق قتله سوا قتله بالعصا او بالحجر او القاه من السطح او القاه
في البير او ساق عليه دابة حتى مات ونحو ذلك لان القتل حقه فاذا قتله
زته فقد استوفى حقه باي طريق كان الا انه يأثم بالاستيفا لا بطريق مشروع لمجاو
حد الشرع وله ان يقتل بنفسه وبنائبه بان يامر غيره بالقتل لان كل واحد
لا يقدر على الاستيفا بنفسه اما لضعف بدنه او لضعف قلبه او لقلة هدايته
اليه فيحتاج الى الانابة الا انه لا بد من حضوره عند الاستيفا لما ذكرنا فيما تقدم
ثم اذا قتله المامور والامر ظاهر صار مستوفيا ولا ضمان عليه اما اذا قتله
والامر غير ظاهر وانكر ولي هذا القتيل الامر فانه يجب القصاص على القاتل

ولا يعتبر تصديق الولي لان القتل العمد سبب لوجوب القصاص في الاصل
فلو خرج من ان يكون سببا انما يخرج بالامر وقد كذبه ولي هذا القتيل في
الامر وتصديق ولي القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه
عن القصاص لفوات محله فصار اجنبيا عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت
الامر فبقي القتل العمد موجبا للقصاص ولو حفر بئرا في دار انسان فوقع
فيها انسان ومات فادعي ولي القتيل الدية فقال الحافر حفرته
باذن صاحب الدار وصدقه صاحب الدار في ذلك لا ضمان على الحافر استحسانا
ويعتبر تصديقه لانه صدقه في فعل يملك انشاء الامر به وهو الحفر في ملكه
فلم يكن هذا تصديقا بعد فوات المحل فاعتبر بخلاف الاول والله اعلم

فصل واما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه فالمسقط
له انواع منها فوات محل القصاص بان مات من عليه القصاص بافة
سماوية لانه لا يتصور بقاء الشي في غير محله واذا سقط القصاص بالموت
لا تجب الدية عندنا لان القصاص هو الواجب عينا عندنا وهو احد قولي الشافعي
وعلى قوله الاخر تجب الدية وقد بينا فساده فيما تقدم وكذا اذا قتل من عليه
القصاص بغير حق او بحق الردة والقصاص بان قتل انسانا فقتل به
قصاصا يسقط القصاص ولا يجب المال لما قلنا وكذلك القصاص الواجب
فيما دون النفس اذا فات ذلك العضو بافة سماوية او قطع بغير حق يسقط
القصاص من غير مال عندنا لما قلنا وان قطع بحق بان قطع يد غيره فقطع به
او سرق مال انسان فقطع يسقط القصاص ايضا لفوات محله لكن يجب ارش
اليد فيقع الفرق في الموضعين احدهما بين القطع والقتل بحق والثاني
بين القطع بغير حق وبين القطع بحق والفرق انه اذا قطع طرفه بحق فقد
قضي به حقا واجبا عليه فجعل كالقايم وجعل صاحبه ممسكا له تقديرا كانه
امسكه حقيقة وتعذر استيفا القصاص لعذر الخطا ونحو ذلك وهناك
يجب الارش كذا هاهنا وهذا المعنى لم يوجد فيما اذا قطع بغير حق لانه لم يقض
حقا واجبا عليه وفي القتل ان قضي حقا واجبا عليه لكن لا يمكن ان يجعل ممسكا
للنفس بعد موته تقديرا لانه لا يتصور حقيقة بخلاف الطرف والله اعلم
ومنها العفو والكلام فيه في ثلاثة مواضع احدها في بيان ركنه والثاني
في بيان شرايط الركن والثالث في بيان حكمه اما ركنه فهو ان يقول
العافي عفوت او اسقطت او ابرات او وهبت وما يجري هذا المجرى واما

13

الشرايط فمنها ان يكون العفو من صاحب الحق لانه اسقاط الحق واسقاط
الحق ولا حق محال فلا يصح العفو من الاجنبي لعدم الحق ولا من الاب
والجد في قصاص وجب للصغير لان الحق للصغير لا لهما وانما لهما ولاية استيفا
حق وجب للصغير ولان ولايتهما مقيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض
لانه اسقاط الحق اصلا وراسا فلا يملكانه ولهذا لا يملكه السلطان فيما له ولاية
الاستيفا على ما بينا ومنها ان يكون العافي عاقلا ومنها ان يكون بالغا
فلا يصح العفو من الصبي والمجنون وان كان الحق ثابتا لهما لانه من
التصرفات المضرة المحضة فلا يملكانه كالطلاق والعتاق ونحو ذلك واما
حكم العفو فالعفو في الاصل لا يخلو اما ان يكون من الولي واما ان يكون
من المجروح فان كان من الولي لا يخلو اما ان يكون منه بعد الموت او قبل
الموت بعد الجرح فان كان بعد الموت فاما ان يكون الولي
واحدا واما ان يكون اكثر فان كان واحدا بان كان القاتل والمقتول واحدا
فعفا عن القاتل سقط القصاص لان استيفاه لتحقيق معنى الحياة وهذا المعنى
لا يحصل بدون الاستيفا بالعفو لانه اذا عفا فالظاهر انه لا يطالب بالثار
بعد العفو فلا يقصد قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل معنى
الحياة بدون الاستيفا فيسقط القصاص لحصول ما شرع له استيفاوه بدو
وهكذا قال الحسن في تاويل قوله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس
جميعا اي من احياها بالعفو وقيل في تاويل قوله تعالى ذلك تخفيف من ربكم
ورحمة ان ذلك العفو والصلح على ما قيل ان حكم التوراة القتل وحكم الانجيل
العفو بغير بدل لا غير فخفف على هذه الامة فشرع العفو بلا بدل اصلا
والصلح ببدل سواء عفا عن الكل او عن البعض لان القصاص لا يتجزى وذكر
البعض فيما لا يتبعض ذكر الكل كالطلاق وتسليم الشفعة وغيرهما
واذا سقط القصاص بالعفو لا ينقلب مالا عندنا لان حق الولي في القصاص
عينا وهو احد قولي الشافعي وقد اسقطه لا الى بدل ومن له الحق اذا اسقط
حقه مطلقا وهو من اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط يسقط مطلقا
كالابراء عن الدين ونحو ذلك وعلى قوله الاخر الواجب احدهما فاذا عفا عن
القصاص انصرف الى الواجب تصحيحا لتصرفه كمن له على اخر دراهم و
دنانير ولا ينوي احدهما بعينه فابرا المديون عن احدهما ليس له ان يطالبه
بالاخر لما قلنا كذا هذا ولو عفا عنه ثم قتله بعد العفو يجب عليه القصاص عند عامة

لا غير

العلماء وقال بعض الناس لا يجب واحتجوا بقوله تعالى فمن اعتدى بعد ذلك فله
عذاب اليم جعل جزا التعدي وهو القاتل بعد العفو العذاب الاليم وهو عذاب
الاخرة فلو وجب القصاص في القصاص الدنيا لصار المذكور بعض الجزا ولان
القصاص في الدنيا يرفع عذاب الاخرة لقوله صلى الله عليه وسلم السيف محا الذنوب
وفيه نسخ الاية ولنا عمومات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص
وحال وحال الا تخصيصا او حالا قيد بدليل وكذا الحكمة التي لها شرع القصاص
وهو الحياة على ما بينا يقتضي الوجوب واما الاية فقد قيل في بعض وجوه التاويل
ان العذاب الاليم ههنا هو القصاص لان القتل غاية العذاب الدنياوي في الايلام
فعلى هذا التاويل كانت الاية حجة عليهم او يحتمل هذا ويحتمل ما قالوا فلا يكون
حجة مع الاحتمال وان كان القصاص لاكثر بان قتل رجلان واحدا فان عفي عنهما
سقط القصاص اصلا لما ذكرنا وان عفي عن احدهما سقط القصاص عنه وله منهما
ان يقتل الاخر لانه استحق على كل واحد قصاصا كاملا فالعفو عن احدهما لا
يوجب العفو عن الاخر وذكر في المنتقا عن ابي يوسف انه يسقط القصاص
عنهما لان طريق ايجاب القصاص عليهما ان يجعل كل واحد منهما قاتلا على الانفراد
كان ليس معه غيره لان القتل تفويت الحياة ولا يتصور تفويت حياة واحدة
من كل واحد منهما على الكمال فيجعل كل واحد منهما قاتلا على الانفراد ويجعل
قتل صاحبه عدما في حقه فاذا عفا عن احدهما والعفو عن القاتل جعل فعل
الاخر عدما تقديرا فيورث شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهة وهذا
ليس بسديد لان طريق ايجاب القصاص عليهما ليس ما ذكر وليس القتل
اسما لتفويت الحياة بل هو اسم لفعل موثر في فوات الحياة عادة وهذا حصل
بكل واحد منهما على الكمال فالعفو عن احدهما لا يوثر في الاخر هذا اذا كان
الولي واحدا فاما اذا كانا اثنين او اكثر فعفا احدهما سقط القصاص عن
القاتل لانه سقط نصيب العافي بالعفو فيسقط نصيب الاخر ضرورة انه
لا يتجزى اذ القصاص قصاص واحد فلا يتصور استيفا بعضه دون بعض
وينقلب نصيب الاخر مالا باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر وعبد
الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم انهم اوجبوا في عفو بعض
الاوليا الذين لم يعفوا نصيبهم من الدية وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي
الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهم احد فيكون اجماعا وقيل ان قوله تعالى فمن عفي له
من اخيه شي نزلت في دم بين شركا يعفو احدهم عن القاتل فللاخر ان يتبعه

بالمعروف في نصيبهم لانه قال فمن عفي له من اخيه شي وهذا العفو عن بعض الحق
ويكون نصيب الاخر وهو نصف الدية في مال القاتل لان القتل عمد الا انه تعذر
استيفا القصاص لما ذكرنا والعاقلة لا تعقل العمد ويوخذ منه في ثلاث
سنين عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر في سنتين وجه قوله ان الواجب
نصف الدية فيوخذ في سنتين كما لو قطع يد انسان خطا ووجب عليه نصف
الدية انه يوخذ في سنتين كذا ههنا ولنا ان الواجب جزء مما يوخذ
في ثلاث سنين وحكم الجزء حكم الكل بخلاف القطع فان الواجب هناك
كل لا جزء لان كل دية يد واحدة هذا القدر الا انه قدر كل دية بنصف
دية النفس وهذا لا ينفي ان تكون كل دية الطرف ولو عفا احدهما فقتله
الاخر ينظر ان قتله ولم يعلم بالعفو او علم به لكنه لم يعلم بالحرمة لا قصاص
عليه عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر عليه القصاص وجه قوله انه قتل
نفسا بغير حق لان عصمته عادت بالعفو الا ترى انه حرم قتله فكانت
مضمونة بالقصاص كما لو قتله قبل وجود القتل منه فلو سقط انما يسقط
بالشبهة ومطلق الظن لا يورث شبهة كما لو قتل انسانا وقال ظننت انه قاتل
ابي ولنا ان في عصمته شبهة العدم في حق القاتل لانه قتله على ظن ان قتله
مباح له وهو ظن مبني على نوع دليل وهو ما ذكرنا ان القصاص وجب
حقا للمقتول وكل واحد من الاوليا بسبيل من استيفا حق وجب للمقتول
فالعفو من احدهما ينبغي ان لا يوثر في حق الاخر ولان سبب ولاية الاستيفا
وجد في حق كل واحد منهما على الكمال وهو القرابة فينبغي ان لا يوثر عفو
احدهما في حق صاحبه الا انه امتنع هذا الدليل عن العمل باجماع الصحابة
رضي الله عنهم على ما بينا فبقي يورث شبهة عدم العصمة والشبهة في
هذا الباب تعمل عمل الحقيقة وتمنع وجوب القصاص وتجب عليه نصف
الدية لان القصاص اذا تعذر ايجابه للشبهة وجب عليه كمال الدية الا انه كان
على القاتل نصف الدية فصار النصف قصاصا بالنصف فوجب عليه النصف
الاخر ويكون في ماله لا على العاقلة لانه وجب بالقتل وهو عمد والعاقلة
لا تعقل العمد وان علم بالعفو والحرمة يجب عليه القصاص لان المانع من
الوجوب الشبهة وانها نشات عن الظن ولم يوجد فزال المانع وله على
المقتول نصف الدية لانه قد كان انقلب نصيبه مالا بعفو صاحبه فبقي
ذلك على المقتول هذا اذا كان القصاص لواحد مشتركا بينهما فعفا احدهما

عن نصيبه فاما اذا وجب لكل واحد منهما قصاص كامل قبل القاتل بان قتل واحد
رجلين فعفا احدهما عن القاتل لا يسقط قصاص الاخر لان كل واحد منهما
استحق عليه قصاصا كاملا ولا استحالة في ذلك لان القتل ليس تفويت الحياة
ليقال ان الحياة الواحدة لا يتصور تفويتها من اثنين بل هو اسم لفعل موثر في
فوات الحياة عادة وهذا يتصور من كل واحد منهما في محل واحد على الكمال
فعفو احدهما عن حقه وهو القصاص لا يوثر في حق صاحبه بخلاف القصاص
الواحد المشترك والله اعلم هذا اذا عفا الولي عن القاتل بعد موت وليه
فاما اذا عفا عنه بعد الجرح قبل الموت فالقياس ان لا يصح عفوه وفي
الاستحسان يصح وجه القياس ان العفو عن القتل يستدعي وجود القتل
والقتل لا يصير قتلا الا بفوات الحياة عن المحل ولم يوجد فالعفو لم يصادف
محله فلم يصح وللاستحسان وجهان احدهما ان الجرح متى اتصلت
به السراية تبين انه وقع قتلا من حين وجوده فكان عفوا عن حق ثابت
صحيح فيصح ولهذا لو كان الجرح خطا فكفر بعد الجرح قبل الموت ثم مات
جاز التكفير والثاني ان القتل ان لم يوجد للحال فقد وجد سبب وجوده
وهو الجرح المفضي الى فوات الحياة والسبب المفضي الى الشي يقام مقام ذلك
الشي في اصول الشرع كالنوم مع الحدث والنكاح مع الوطي وغير ذلك ولانه
اذا وجد سبب وجود القتل كان العفو منه تعجيل الحكم بعد وجود
سببه وانه جايز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت في قتل الخطا والله اعلم وكذلك
العفو من المولى واحدا كان او اكثر والعفو من الوارث سوا في جميع ما وصفنا
الا ان في القصاص بين المولين اذا عفا احدهما فللاخر حصته من قيمة
العبد وهاهنا من الدية لان القيمة في دم العبد كالدية في دم الحر فاما
فيما وراء ذلك لا يختلفان هذا كله اذا كان العفو من المولى ومن الولي فاما
اذا كان من المجروح بان كان المجروح عفا لا يصح عفوه لان القصاص يجب
حقا للمولى لا له وان كان حرا فان عفا عن القتل ثم مات صح استحسانا والقياس
ان لا يصح ووجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا وان عفا عن
القطع او الجراحة او الشجة او الجناية ثم مات او لا فجملة الكلام فيه ان
الجرح لا يخلو اما ان يكون عمدا او خطا فان كان عمدا فالمجروح لا يخلو اما
ان يقول عفوت عن القطع والجراحة او الشجة او الضربة وهذا كله قسم
واحد واما ان يقول عفوت عن الجناية والقسم الاول لا يخلو اما ان ذكر معه

الجراحة

15

الجراحة وما يحدث منها واما ان لم يذكر وحال المجروح لا يخلو اما ان برى
وصح واما ان مات من ذلك فان برى من ذلك وصح صح العفو في الفصول
كلها لان العفو وقع عن ثابت وهو الجراحة او موجبها وهو الارش فيصح
وان سرى الى النفس ومات فان كان العفو بلفظ الجناية او بلفظ الجراحة
وما يحدث منها صح بالاجماع ولا شي على القاتل لان لفظ الجناية يتناول
القتل وكذا لفظ الجراحة وما يحدث منها فكان ذلك عفوا عن القتل فيصح وان
كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فكذلك لم يصح العفو في قول
ابي حنيفة والقياس ان يجب القصاص وفي الاستحسان تجب الدية في مال
القاتل وعند ابي يوسف ومحمد يصح العفو ولا شي على القاتل وجه
قولهما ان السراية اثر الجراحة والعفو عن الشي يكون عفوا عن اثره كما
اذا قال عفوت عن الجراحة وما يحدث منها ولابي حنيفة رحمه الله
وجهان احدهما انه عفى عن غير حقه لان حقه في موجب الجناية لا في
عينها لان عينها عرض لا يتصور بقاوها فلا يتصور العفو عنها ولان
عينها جناية وجدت من الجارح والجناية لا تكون حقا للمجني عليه فكان
هذا عفوا عن موجب الجراحة وبالسراية يتبين انه لا موجب لهذه
الجراحة لان عند السراية يجب موجب القتل بالاجماع وهو القصاص
ان كان عمدا والدية ان كان خطا ولا يجب الارش وقطع اليد مع موجب
القتل لان الجمع بينهما غير مشروع والثاني ان كان العفو عن القطع والجر
صحيحا لكن القطع غير والقتل غير فالقطع ابانة الطرف والقتل
فعل موثر في فوات الحياة عادة وموجب احدهما القطع والارش وموجب
الاخر القتل والدية والعفو عن احد الغيرين لا يكون عفوا عن الاخر
في الاصل فكان القياس ان يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما
يسقطه الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وتكون في ماله لانها وجبت
بالقتل العمد والعاقلة لا تعقل العمد هذا اذا كان القتل عمدا فاما اذا كان
خطا فان برى من ذلك صح العفو بالاجماع ولا شي على القاطع سوا كان بلفظ
الجناية او الجراحة وذكر وما يحدث منها او لم يذكر لما قلنا وان سرى الى
النفس فان كان العفو في حال صحة المجروح بان كان يذهب ويجي ولم يصر
صاحب فراش يعتبر من جميع ماله وان كان في حال المرض بان صار صاحب
فراش يعتبر عفوه من ثلث ماله لان العفو تبرع منه وتبرع المريض مرض

حق م

ح

م بلفظ الجناية او الجراحة وما يحدث منها صح ايضا لما ذكرنا ثم ان كان العفو صح

الموت يعتبر من ثلث ماله وان كان قدر الدية يخرج من الثلث سقط ذلك
القدر عن العاقلة وان كان لا يخرج كله من الثلث فثلثه يسقط عن العاقلة
وثلثاه يوخذ منهم وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها لم يصح
العفو والدية على العاقلة عند ابي حنيفة وعندهما يصح العفو وهذا وقوله
عفوت عن الجناية او عن الجراحة وما يحدث منها سوا وقد بينا حكمه والله
اعلم ولو كان مكان العفو صلح بان صالح من القطع او الجراحة على مال فهو على
التفاصيل الذي ذكرنا انه ان برا المجروح فالصلح صحيح باي لفظ كان وسوا كان
القطع عمدا او خطا لان الصلح وقع عن حق ثابت فيصح وان سري الى النفس
فان كان الصلح بلفظ الجناية او بلفظ الجراحة وما يحدث منها فالصلح صحيح
ايضا لانه صلح عن حق ثابت وهو القصاص وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر
وما يحدث منها فعند ابي حنيفة لا يصح الصلح ويوخذ جميع الدية من
ماله في العمد وان كان خطا يرد بدل الصلح وتجب جميع الدية على العاقلة
والله اعلم ولو كان مكان الصلح نكاح بان قطعت امراة يد رجل او جرحته بلغ
فتزوجها على ذلك فهو على ما ذكرنا من التفاصيل انه ان بري من ذلك جاز
النكاح وصار ارش ذلك مهرا لها لانه تبين ان موجب ذلك الارش
سوا كان القطع عمدا او خطا لان القصاص بين الذكور والاناث لا يجري فيما
دون النفس فكان الواجب به هو المال فاذا تزوجها عليه فقد سمي المال
فكان مهرا لها وان سري الى النفس فان كان النكاح بلفظ الجناية او بلفظ
الجراحه وما يحدث منها وكان القطع خطا جاز النكاح وصار دم الزوج
مهرا لها لانه لما اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا موجبا للدية
على العاقلة فكان التزوج على موجب الجناية وهو الدية وسقطت عن
العاقلة لصيرورتها مهرا لها وهذا اذا كان وقت النكاح صحيحا فان كان
مريضا فبقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة لانه ليس بمتبرع في هذا
القدر واما الزيادة على ذلك فينظر ان كان تخرج من ثلث ماله تسقط ايضا
وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقدر الثلث يسقط ايضا والزيادة تكون
للزوج ترجع الى ورثته وانما اعتبر خروج الزيادة من ثلث ماله لانه
متبرع بالزيادة وهو مريض مرض الموت هذا في الخطا واما في العمد جاز
النكاح وصار عفوا اما جواز النكاح فلا شك فيه لان جوازه لا يقف على تسمية
ما هو مال واما صيرورة النكاح على القصاص عفوا لانه لما تزوجها

على القصاص فقد ازال حقه عنه واسقطه وهذا معنى العفو ولها مهر المثل
من تركة الزوج لان النكاح لا يجوز الا بالمهر والقصاص لا يصلح مهرا لانه
ليس بمال فيجب لها العوض الاصلي وهو مهر المثل وان كان بلفظ الجراحة
ولم يذكر وما يحدث منها فكذلك الجواب عند ابي يوسف ومحمد في العمد
والخطا وعند ابي حنيفة بطل العفو اذا كان عمدا ولها مهر المثل من مال
الزوج وتجب الدية من مالها فيتقاصان بقدر مهر المثل وتضمن المراة الزيادة
وان كان خطا فتجب الدية على عاقلتها ولها مهر المثل في مال الزوج ولا ترث
المراة من مال الزوج شيا لانها قاتلة ولا ميراث للقاتل والله اعلم ولو كان
مكان النكاح خلع بان قطع يد امراته او جرحها جراحة فخلعها على ذلك
فهو على ما ذكرنا انها ان برات جاز الخلع وكان باينا لانه تبين انه خلعها
على ارش اليد فصح الخلع وصار ارش اليد بدل الخلع والخلع على مال
طلاق باين ويستوي فيه العمد والخطا لما مر وان سري الى النفس وكان
خطا فان ذكر بلفظ الجناية او لفظ الجراحة وما يحدث منها جاز الخلع
ويكون باينا لانه تبين ان الفعل وقع قتلا فتبين انه وقع موجبا للدية
فكان الخلع واقعا على مال وهو الدية ويصح ويكون باينا ثم ان كانت المراة
صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وان كانت مريضة صارت
الدية بدل الخلع ويعتبر خروج جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث
يعتبر هناك خروج الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث لان تلك الحال حال
دخول البضع في ملك الزوج وهذه حالة الخروج والبضع يعد مالا حال
الدخول في ملك الزوج ولا يعد مالا حال الخروج عن ملكه وان كان يخرج
من الثلث سقط عن العاقلة وان لم يكن لها مال يسقط الثلث والثلثان
على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية هذا في الخطا فاما في العمد جاز العفو ولا
يكون مالا وخلعها بغير مال يكون رجعيا وان كان الخلع بلفظ الجراحة
ولم يذكر وما يحدث منها فعندهما كذلك الجواب وعند ابي حنيفة لم يصح
العفو وتجب جميع الدية في ماله في العمد وفي الخطا على العاقلة ويكون
الخلع بغير مال فيكون الطلاق رجعيا ومنها الصلح على مال لان
القصاص حق للولي ولصاحب الحق ان يتصرف في حقه استيفا واسقاطا
اذا كان من اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط ولهذا ملك العفو فيملك الصلح
ولان المقصود من استيفا القصاص وهو الحياة يحصل به لان الظاهر ان عند اخذ

المال عن صلح وتراض يسكن الفتنة فلا يقصد الولي قتل القاتل فلا يقصد القاتل
قتله فيحصل المقصود من استيفا القصاص بدونه وقيل ان قوله تعالى فمن
عفي له من اخيه شي الاية نزلت في الصلح عن دم العمد فيدل على جواز الصلح
وسوا كان بدل الصلح قليلا او كثيرا من جنس الدية او من خلاف جنسها حالا
او موجلا باجل معلوم او مجهول لجهالة متقاربة كالحصاد والدياس ونحو
ذلك بخلاف الصلح من الدية على اكثر مما يجب فيه الدية انه لا يجوز لان
المانع من الجواز هناك تمكن الربا ولم يوجد هاهنا لان الربا يختص بمبادلة
المال بالمال والقصاص ليس بمال وقد ذكرنا شرايط جواز الصلح ومن
يملك الصلح ومن لا يملكه في كتاب الصلح ولو صالح الولي القاتل على مال ثم
قتله يقتص منه عند عامة العلما وقال بعض الناس لا قصاص عليه وقد
مرت المسلة في العفو ولو كان الولي اثنين والقصاص واحدا فصالح
احدهما سقط القصاص عن القاتل وينقلب نصيب الاخر مالا لما ذكرنا
في العفو ولو قتله الاخر بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف
والوفاق الذي ذكرنا في العفو ولو كان القصاص اكثر فصالح ولي احد
القتيلين فللاخر ان يستوفي وكذا لو صالح الولي مع احد القاتلين كان
له ان يقتص من الاخر لما ذكرنا في العفو وكذلك حكم المولى في الصلح
عن دم العمد في جميع ما وصفنا ومنها ارث القصاص بان وجب القصاص
لانسان فمات من له القصاص فورث القاتل القصاص لاستحالة وجوب م سقط القصاص ٢
القصاص له على نفسه فيسقط ضرورة ولو قتل رجلان كل واحد منهما ابن
الاخر عمدا وكل واحد منهما وارث الاخر قال ابو يوسف لا قصاص
عليهما وقال الحسن بن زياد يوكل كل منهما وكيلا يستوفي القصاص فيقتلهما
الوكيلان معا وقال زفر يقال للقاضي ابتدي بايهما شيت وسلمه الى
الاخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الاخر وجه قول زفر ان القصاص
وجب على كل واحد منهما لوجود السبب من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا
انه لا يمكن استيفاوهما لانه اذا استوفي احدهما يسقط الاخر لصيرورة
القصاص ميراثا للقاتل الاخر فكان الخيار فيه الى القاضي يبتدي بايهما شا
ويسلمه الى الاخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الاخر وجه قول
الحسن ان استيفا القصاص منهما ممكن بالوكالة بان يقتل كل واحد من
الوكيلين كل واحد من القاتلين في زمان واحد فلا يتوارثان كما في الغرقى

والحرقي

17

والحرقي وجه قول ابي يوسف ان وجوب القصاص ووجوب الاستيفا
لا يعقل له معنى سواه ولا سبيل الى استيفا القصاص لانه اذا استوفى احدهما
سقط الاخر وليس احدهما بالاستيفا اولى من الاخر فتعذر القول بالوجوب
اصلا ولان في استيفا احد القصاصين ابقا حق احدهما واسقاط حق الاخر
وهذا لا يجوز والقول باستيفايهما بطريق التوكيل غير سديد لان الفعلين
قلما يتفقان في زمان واحد بل يسبق احدهما الاخر عادة وكذا اثرهما
الثابت عادة وهو فوات الحياة وفي ذلك اسقاط القصاص عن الاخر وقالوا
في رجل قطع يد رجل ثم قتل المقطوع يده ابن القاطع عمدا ثم مات المقطوع
يده من القطع ان على القاطع القصاص وهو القتل لولي المقطوع يده لانه مات
بسبب سابق على وجود القتل منه وهو القطع السابق لان ذلك القطع صار
بالسراية قتلا فوجب القصاص على القاطع ولا يسقط بقتل المقطوع يده
ابن القاطع والله اعلم ومنها حرمان الميراث لحصول القتل مباشرة
بغير حق ولهذا ثبت بالقتل الخطا فبالعمد اولى واما الكفارة فلا تجب الكف
عندنا وعند الشافعي تجب وجه قوله ان الكفارة لرفع الذنب ومحو
الاثم ولهذا وجبت في القتل الخطا والذنب في القتل العمد اعظم فكانت الحاجة
الى الرفع اشد ولنا ان التحرير او الصوم في الخطا انما وجب شكرا للنعمة
حيث سلم له اعز الاشيا في الدنيا وهو الحياة مع جواز المواخذة بالقصاص
وكذا ارتفع عنه المواخذة في الاخرة مع جواز المواخذة وهذا لم يوجد
في العمد فتعذر الايجاب شكرا او وجب محوا للتوبة عن القتل بطريق
الخطا والحق بالتوبة الحقيقية لخفة الذنب بسبب الخطا والذنب هاهنا
اعظم فلا يصلح التحرير توبة له والله اعلم واما شبه العمد فيتعلق
به احكام منها وجوب الدية المغلظة على العاقلة اما وجوب الدية فلان
القصاص امتنع وجوبه مع وجود القتل العمد للشبهة فتجب الدية واما
صفة التغليظ فلاجماع الصحابة رضي الله عنهم لانهم اختلفوا في كيفية التغليظ
على ما نذكر واختلافهم في الكيفية دليل ثبوت الاصل واما الوجوب على
العاقلة فلان العاقلة انما تعقل الخطا تخفيفا على القاتل نظرا له لوقوعه
فيه لا عن قصد وفي هذا القتل شبهة عدم القصد لحصوله بالة لا يقصد
بها القتل عادة فكان مستحقا لهذا النوع من التخفيف ومنها حرمان الميراث
ومنها عدم جواز الوصية لانه قتل مباشرة بغير حق وهل تجب الكفارة فيه

بالقتل الخطأ المحض في وجوب الكفارة وقال بعض مشايخنا لا تجب والحقه م

هذا القتل ذكر الكرخي انها تجب والحقه بالعمد المحض في عدم وجوب الكفارة
وجه ما ذكره الكرخي ان الكفارة انما وجبت في الخطا اما بحق الشكر او بحق التوبة
علي ما بينا والداعي الي الشكر والتوبة ها هنا موجود وهو سلامة البدن
وكون الفعل جناية فيها نوع خفة لشبهة عدم القصد فامكن ان يحصل
التحرير فيه توبة وجه القول الاخر ان هذه جناية متغلظة الا تري ان
المواخذة فيها ثابتة بخلاف الخطا فلا يصلح التحرير توبة لها كما في العمد
المحض والله اعلم واما القتل الخطا فيختلف حكمه باختلاف حال القاتل
والمقتول فنفصل الكلام فيه فنقول القاتل والمقتول اما ان يكونا جميعا
حرين واما ان كان القاتل حرا والمقتول عبدا واما ان كان القاتل عبدا والمقتول
حرا واما ان كانا جميعا عبدين فان كانا حرين فيتعلق به احكام منها
وجوب الكفارة عند وجود شرايط الوجوب وهي نوعان بعضها يرجع
الي القاتل وبعضها يرجع الي المقتول اما الذي يرجع الي القاتل فالاسلام
والعقل والبلوغ فلا تجب الكفارة علي الكافر والصبي والمجنون لان الكفار
غير مخاطبين بشرايع هي عبادة والكفارة عبادة والصبي والمجنون
لا يخاطب بالشرايع اصلا واما الذي يرجع الي المقتول فهو ان يكون المقتول
معصوما فلا تجب بقتل الحربي والباغي لعدم العصمة واما كونه مسلما
فليس بشرط فتجب سوا كان مسلما او ذميا او مستامنا وسوا كان
مسلما اسلم في دار الاسلام او في دار الحرب ولم يهاجر الينا لقوله تعالي ومن
قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق
فدية مسلمة الي اهله وتحرير رقبة مومنة ولان القاتل قد سلم له الحياة
في الدنيا وهي من اعظم النعم ورفعت عنه المواخذة في الاخرة مع جواز المواخذة
في الحكمة لما في وسع الخاطي في الجملة حفظ نفسه عن الوقوع في الخطا وهذا
ايضا نعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقا للعقل فبين الله تعالي
مقداره وجنسه بهذه الاية ليقدر العبد علي اداء ما وجب عليه من اصل الشكر
بقضية العقل ولان فعل الخطا جناية ولله تعالي المواخذة عليه بطريق
العدل لانه مقدور الامتناع بالتكليف والجهد واذا كان جناية فلا بد
لها من التكفير والتوبة فجعل التحرير من العبد بحق التوبة عن القتل الخطا
بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنايات الا انه جعل التحرير او الصوم
توبة له دون التوبة الحقيقية لخفة الجناية بسبب الخطا اذ الخطا

الي قوله فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة صح

معفو في الجملة وجاز العفو عن هذا النوع فخفت توبته لخفة في الجناية وكان
التحرير في هذه الجناية بمنزلة التوبة في ساير الجنايات ومنها حرمان الميراث
لانه وجد القتل مباشرة بغير حق اما المباشرة فلا شك فيها واما الحظر
والحرمة فلان فعل الخطا جناية جايز المواخذة عليها عقلا لما بينا والدليل
عليه قوله تعالي ربنا لا تواخذنا ان نسينا او اخطانا ولو لم يكن جايز المواخذة
لكان معني الدعا اللهم لا تجر علينا وهذا محال وانما رفع حكمها شرعا
ببركة دعا النبي صلي الله عليه وسلم وقوله رفع عن امتي الخطا ~~الخطا~~ والنسيان
وما استكرهوا عليه مع بقا وصف الفعل علي حاله وهو كونه جناية
ومنها وجوب الدية والكلام في الدية في مواضع في بيان شرايط
وجوب الدية وفي بيان ما يجب منه الدية من الاجناس وفي بيان مقدار
الواجب من كل جنس وفي بيان صفته وفي بيان من يجب عليه الدية وفي
بيان كيفية الوجوب اما الشرايط فبعضها شرط اصل الوجوب وبعضها
شرط كمال الواجب اما شرط اصل الوجوب فنوعان احدهما العصمة وهو
ان يكون المقتول معصوما فلا دية في قتل الحربي والباغي لفقد العصمة فاما
الاسلام فليس من شرايط وجوب الدية لا من جانب القاتل ولا من جانب
المقتول فتجب الدية سوا كان القاتل او المقتول مسلما او ذميا او حربيا
مستامنا وكذلك العقل والبلوغ حتي تجب الدية في مال الصبي والمجنون
والاصل فيه قوله تعالي ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية
مسلمة الي اهله الا ان يصدقوا ولا خلاف في انه اذا قتل ذميا او حربيا مستامنا
تجب الدية لقوله تعالي وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة
الي اهله والثاني التقوم وهو ان يكون المقتول متقوما وعلي هذا يبني الحربي
اذا اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم او ذمي خطا انه لا تجب
الدية عند اصحابنا خلافا للشافعي رحمه الله بنا علي ان التقوم بدار الاسلام
عندنا وعنده بالاسلام وقد ذكرنا تقرير هذا الاصل في كتاب السير ثم
نتكلم في المسلة ابتدا احتج الشافعي بقوله تعالي ومن قتل مومنا خطا فتحرير
رقبة مومنة ودية مسلمة الي اهله وهذا مومن قتل خطا فتجب الدية ولنا
قوله تعالي فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة
والاستدلال به من وجهين احدهما انه جعل التحرير جزا قتله والجزا
يقتضي الكفاية فلو وجبت الدية معه لا تقع الكفاية بالتحرير وهذا

الدب

بلغ

منًا

خلاف النص والثاني انه جعل التحرير كل الواجب بقتله لانه كل المذكور فلو
اوجبنا معه الدية لصار بعض الواجب وهذا تغيير حكم النص واما
صدر الاية فلا تتناول هذا المومن لوجهين احدهما انه ذكر المومن مطلقا
فيتناول المومن من كل وجه وهو المومن دينا ودارا وهذا مومن دينا لا
دارا لانه مكثر سواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول
الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه افرد هذا المومن بالذكر والحكم ولو تناوله صدر
الاية لعرف حكمه به فكان الثاني تكرارا ولو حمل على المومن المطلق لم يكن تكرارا
فكان الحمل عليه اولى او يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه توفيقا بين الدليلين عملا بهما
جميعا ثم عصمة المقتول تعتبر وقت القتل ام وقت الموت ام في الوقتين
جميعا على اصل ابي حنيفة تعتبر وقت القتل لا غير وعلى اصلهما تعتبر وقت
القتل والموت جميعا وعلى قول زفر تعتبر وقت الموت لا غير وعلى هذا
تخرج مسايل الرمي اذا رمى مسلما فارتد المرمي اليه ثم وقع به السهم وهو
مرتد فمات فعلى الرامي الدية في قول ابي حنيفة ان كان خطا تتحمله العاقلة
وان كان عمدا تكون في ماله وعندهما لا شي عليه وكذا عند زفر وان رمى
مرتدا او حربيا فاسلم ثم وقع به ومات لا شي عليه عند اصحابنا الثلاثة م السهم م
وعند زفر عليه الدية وجه قول زفر ان الضمان انما يجب بالقتل والفعل
انما يصير قتلا بفوات الحياة ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحياة فكان
دمه هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وهو مرتد ولهما ان القتل يتعلق
بالقاتل والمقتول لانه فعل القاتل واثره يظهر في المقتول بفوات الحياة
فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعا ولابي حنيفة ان الضمان انما يجب
على الانسان بفعله ولا فعل منه سوى الرمي السابق فكان الرمي السابق
عند وجود زهوق الروح قتلا من حين وجوده والمحل كان معصوما
في ذلك الوقت فكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة
فتجب الدية ولهذا لو كان مرتدا او حربيا وقت الرمي ثم اسلم فاصابه السهم
وهو مسلم انه لا شي عليه عندهما وهذه المسلة حجة قوية لابي حنيفة
عليهما في اعتبار وقت الرمي لا غير والدليل عليه ان في باب الصيد تعتبر
وقت الرمي في قولهم جميعا حتى لو كان الرامي مسلما وقت الرمي ثم ارتد فاصاب
السهم الصيد وهو مرتد يوكل وان كان الباب باب الاحتياط ولمثله
لو كان مجوسيا وقت الرمي ثم اسلم ثم وقع السهم بالصيد وهو مسلم لا يوكل

وكذلك

19

وكذلك حلال رمى صيدا ثم احرم ثم اصابه لا شي عليه وان رمى وهو محرم ثم حل
فاصابه فعليه الجزا فهذه المسايل حجة ابي حنيفة رحمه الله في اعتبار وقت
الفعل والاصل ان ما يرجع الى الاهلية يعتبر فيه اهلية الفاعل وقت
الفعل بلا خلاف وما كان راجعا الى المحل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا غلاف
ما اذا جرح مسلما ثم ارتد المجروح فمات وهو مرتد انه يهدر دمه لان
الجرح السابق انقلب قتلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة فتوجب
انقطاع السراية عن ابتدا الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى
في مسلتنا ولو رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه وعليه
قيمته لمولاه في قول ابي حنيفة وقال محمد على الرامي لمولى العبد فضل ما بين قيمته
مرميا الى غير مرمي لا شي عليه غير ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي قول ابي يوسف مع قول محمد انه لما رمى اليه فقد صار ناقصا
بالرمي في ملك مولاه قبل وقوع السهم به لانه اشرف على الهلاك بتوجه
السهم اليه فوجب عليه ضمان النقصان فصار كما لو جرحه ثم اعتقه مولاه قبل
وقوع السهم ولو كان كذلك لانقطعت السراية ولا يضمن الدية ولا القيمة
وانما يضمن النقصان كذا هذا وابو حنيفة رحمه الله مر على اصله وهو اعتبار
وقت الفعل لانه صار قاتلا بالرمي السابق وهو كان ملك المولى حينيذ
واما بيان ما تجب منه الدية فقد اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة الذي
تجب منه الدية ويقضى به ثلاثة اجناس الابل والذهب والفضة والبقر
والغنم والحلل واحتجا بقضية عمر رضي الله عنه فانه روي انه قضى بالدية من
هذه الاجناس بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولابي حنيفة
قول النبي صلى الله عليه وسلم في النفس المومنة ماية من الابل جعل الواجب من الابل
على الاشارة اليها فظاهره يقتضي الوجوب منها على التعيين الا ان الوجوب
من الصنفين الاخرين ثبت بدليل اخر فمن ادعى الوجوب من الاصناف
الاخر فعليه الدليل واما قضية عمر رضي الله عنه فقد قيل انه انما قضى
بذلك حين كانت الديات على العواقل كلها نقلها الى الديوان فقضى بها
من الاجناس الثلاثة وذكر في كتاب المعاقل ما يدل على انه لا خلاف
بينهم فانه قال لو صالح الولي على اكثر من ماتي بقرة او ماتي حلة لم تجز
بالاجماع ولو لم يكن ذلك من جنس الدية لجاز واما بيان مقدار الواجب
من كل جنس وبيان صفته فقدر الواجب من كل جنس تختلف بذكوره

وقالا ستة اصناف [illegible] الابل [illegible] والفضة

ملحه

المقتول وانوثته فان كان ذكرا فلا خلاف في ان الواجب بقتله من الابل مائة
لقوله عليه السلام في النفس المومنة مائة من الابل ولا خلاف ايضا في ان الواجب
من الذهب الف دينار لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دية
كل ذي عهد في عهده الف دينار والتقدير في حق الذمي يكون تقديرا في
حق المسلم من طريق الاولى واما الواجب من الفضة فقد اختلف فيه قال
اصحابنا عشرة الاف درهم وزنا وزن سبعة وقال مالك والشافعي
رحمة الله عليهما اثنا عشر الفا والصحيح قولنا لما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قال الدية عشرة الاف درهم بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون اجماعا ومعلوم ان المقادير لا تعرف الا
سماعا فالظاهر انه سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقدر الواجب
من البقر عندهما مائتا بقرة ومن الحلل مائتا حلة ومن الغنم الفا شاة
ثم دية الخطا من الابل اخماس بلا خلاف عشرون بنت مخاض وعشرون (دية الخطا)
ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة
وهذا قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال دية الخطا اخماس عشرون بنت مخاض وعشرون بنو
مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقه وعشرون جذعة
وعندهما قدر كل بقرة خمسون درهما وقدر كل حلة خمسون درهما
والحلة اسم لثوبين ازار ورداء وقيمة كل شاة خمس دراهم ودية شبه (دية شبه العمد)
العمد ارباع عند ابي حنيفة وابي يوسف خمس وعشرون بنت مخاض
وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقه وخمس وعشرون
جذعة وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعند محمد اثلاث
ثلاثون حقه وثلاثون جذعة واربعون ما بين ثنية الى بازل عامها كلها
خلفة وهو مذهب عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وعن علي رضي الله عنه
انه قال في شبه العمد اثلاث ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة
واربعة وثلاثون خلفة والصحابة متى اختلفت في مسالة على قولين او
ثلاث يجب ترجيح قول البعض على البعض والترجيح ههنا لقول ابن
مسعود رضي الله عنه لوجهين احدهما انه موافق للحديث المشهور الذي
تلقته العلماء بالقبول وهو قوله عليه السلام في النفس المومنة مائة من الابل
وفي ايجاب الحوامل ايجاب الزيادة على المائة لان الحمل اصل من وجه والثاني

ان

ان ما قاله اقرب الى القياس لان الحمل معنى موهوم لا يوقف عليه حقيقة فان
انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء ونحو ذلك وان كان انثى فدية
المراة على النصف من دية الرجل لاجماع الصحابة فانه روي عن عمر وعلي
وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم انهم قالوا في دية المراة انها على النصف
من دية الرجل ولم ينقل انه انكر عليهم احد فيكون اجماعا ولان المراة في ميراثها
وسهامها على النصف من الرجل فكذلك في ديتها وهل يختلف قدر الدية
بالاسلام والكفر قال اصحابنا لا يختلف ودية الذمي والحربي المستامن كدية
المسلم وهو قول ابراهيم النخعي والشعبي والزهري وقال الشافعي
تختلف دية اليهودي والنصراني اربعة الاف ودية المجوسي ثمان مائة
درهم واحتج بحديث رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل دية
هولاء على هذه المراتب ولان الانوثة لما اثرت في نقصان البدل فالكفر اولى
لان نقيصة الكفر فوق كل نقيصة ولنا قوله تعالى وان كان من قوم بينكم
وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله اطلق القول بالدية في جميع انواع القتيل
من غير فصل فدل على ان الواجب في الكل على قدر واحد وروينا ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم جعل دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وروي ان عمرو
بن امية الضمري قتل مستامنين فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما
بدية حرين مسلمين وعن الزهري انه قال قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما
في دية الذمي بمثل دية المسلم ومثله لا يكذب وكذا روي عن ابن مسعود رضي الله
عنه انه قال دية اهل الكتاب مثل دية المسلمين ولان وجوب كمال
الدية يعتمد كمال حال القتيل فيما يرجع الى احكام الدنيا وهي الذكورة والحرية
والعصمة وقد وجد ونقصان الكفر يوثر في احكام الاخرة لا في احكام الدنيا
واما بيان من تجب عليه الدية فالدية تجب على القاتل لان سبب الوجوب
هو القتل وانه وجد من القاتل ثم الدية الواجبة على القاتل نوعان نوع يجب
عليه في ماله ونوع يجب عليه كله وتتحمل عنه العاقلة بعضه بطريق التعاون
اذا كانت له عاقلة وكل دية وجبت بنفس القتل الخطا او شبه العمد تتحمله
العاقلة وما لا فلا فلا تعقل الصلح لان بدل الصلح ما وجب بالقتل بل بعقد
الصلح ولا الاقرار لانها وجبت بالاقرار بالقتل لا بالقتل واقراره حجة في
حقه لا في حق غيره فلا يصدق في حق العاقلة حتى لو صدقوا عقلوا ولا العبد
بان قتل انسانا خطا لان الواجب بنفس القتل الدفع لا الفدا والفدا يجب باختيار

دية الكتابي الذي على ثلث [دية] المسلم والمجوسي ثلثي عشر [دية المسلم] ثمانمائة درهم

المولى لا بنفس القتل ولا العمد بان قتل الاب ابنه عمدا لا نها وان وجبت بالقتل
فلم تجب بالقتل الخطا وشبه العمد وهذا لان التحمل من العاقلة في الخطا
وشبه العمد على طريق التخفيف على الجاني والعامد لا يستحق التخفيف
وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تعقل العاقلة عمدا
ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وقيل في معنى قوله ولا عبدا
ان المراد منه العبد المقتول وهو الذي قتل مولاه وهو ما دون مدبون
او المكاتب لا العبد القاتل لانه لو كان كذلك لكان من حق الكلام ان يقول لا تعقل
العاقلة عن عبد لان العرب تقول عقلت عن فلان اذا كان فلان قاتلا وعقلت
فلانا اذا كان فلان مقتولا كذا فرق الاصمعي ثم الوجوب على القاتل فيما تتحمله
العاقلة قول عامة المشايخ وقال بعضهم كل الدية في هذا النوع تجب على
الكل ابتداء القاتل والعاقلة جميعا والصحيح هو الاول لقوله تعالى ومن
قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله ومعناه فليحرر
وليود وهذا خطاب للقاتل لا للعاقلة دل ان الوجوب على القاتل ولما ذكرنا
ان سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل لا من العاقلة فكان الوجوب
عليه لا على العاقلة وانما العاقلة تتحمل دية واجبة عليه ثم دخول القاتل مع
العاقلة في التحمل مذهبنا وقال الشافعي القاتل لا يدخل معهم بل تتحمل العاقلة
الكل دون القاتل وقال ابو بكر الاصم يتحمل القاتل دون العاقلة لانه لا يجوز
ان يوخذ احد بذنب غيره قال الله تعالى ولا تكسب كل نفس الا عليها وقال
تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ولهذا لم تتحمل العاقلة ضمان الاموال ولا ما دون
نصف عشر الدية كذا هنا ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة
على عاقلة الضاربة وكذا قضى عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة بمحضر
من الصحابة من غير نكير واما الاية فنقول بموجبها لكن لم قلتم ان الحمل على   واجبة صح
العاقلة اخذ بغير ذنب فان حفظ القاتل على عاقلته فاذا لم يحفظوا فقد
فرطوا والتفريط منهم ذنب ولان القاتل انما يقتل بظهر عشيرته فكانوا
كالمشاركين له في القتل ولان الدية مال كثير والزام الكل القاتل اجحاف
به فتشاركه العاقلة في التحمل تخفيفا له وهو مستحق التخفيف لانه خاطئ
وبهذا فارق ضمان الاموال لان ضمان المال لا يكثر عادة فلا تقع الحاجة الى
التخفيف وما دون نصف عشر الدية حكمه حكم ضمان الاموال واما
الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على

العاقلة

21

العاقلة فلا يدخل فيه القاتل وانا نقول نعم لكن معلولا بالنصرة والحفظ وذلك   العاقلة صح
على القاتل اوجب فكان اولى بالتحمل ثم الكلام في العاقلة في موضعين احدهما
في تفسير العاقلة من هم والثاني في بيان القدر الذي تتحمله العاقلة من الدية
اما الاول فالقاتل لا يخلو اما ان كان حر الاصل واما ان كان معتقا واما ان كان
مولى الموالاة فان كان حر الاصل فعاقلته اهل ديوانه ان كان من اهل الديوان
وهم المقاتلة من الرجال الاحرار البالغين العاقلين يوخذ مما يخرج من عطاياهم
وهذا عندنا وعند الشافعي عاقلته قبيلته من النسب والصحيح قولنا لاجماع   ع
الصحابة على ذلك فانه روي عن ابراهيم النخعي انه قال كانت الديات على
القبائل فلما وضع عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على اهل الدواوين فان قيل
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة من النسب اذ لم يكن هناك
ديوان فكيف يقبل قول عمر رضي الله عنه على مخالفة فعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم فالجواب لو كان عمر رضي الله عنه فعل ذلك وحده لكان يجب حمل فعله على
وجه لا يخالف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وكان فعله بمحضر
من الصحابة ولا يظن بعموم الصحابة مخالفة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدل انهم فهموا ان فعله كان معلولا بالنصرة فاذا صارت النصرة في زمانهم
بالديوان نقلوا العقل الى الديوان فلا تتحقق المخالفة وهذا لان التحمل من
العاقلة للتناصر وقبل وضع الديوان كان التناصر بالقبيلة وبعد الوضع
صار التناصر بالديوان فصار عاقلة الرجل اهل ديوانه ولا يوخذ من النساء والصبيان   ن
والمجانين والرقيق لانهم ليسوا من اهل النصرة ولان هذا ضمان صلة وتبرع
بالاعانة والصبيان والمجانين والمماليك ليسوا من اهل التبرع وان لم يكن له
ديوان فعاقلته من النسب لان انتصاره بهم وان كان القاتل معتقا او مولى   قبيلته صح
الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه لقوله عليه السلام مولى القوم منهم ثم
عاقلة المولى الا على قبيلته اذا لم يكن من اهل الديوان فكذا عاقلة مولاه ولان
استنصاره بمولاه وقبيلته وكانوا عاقلته هذا اذا كان للقاتل عاقلة فاما
اذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي والذمي اسلم فعاقلته بيت المال
في ظاهر الرواية وروى محمد عن ابي حنيفة انه تجب الدية عليه من ماله
لا على بيت المال وجه هذه الرواية ان الاصل هو الوجوب في مال القاتل
لان الجناية وجدت منه وانما الاخذ من العاقلة بطريق التحمل فاذا لم يكن له
عاقلة يرد الامر فيه الى حكم الاصل وجه ظاهر الرواية ان الوجوب على العاقلة

لمكان التناصر فاذا لم يكن عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وبيت المال مالهم
فكان ذلك عاقلته واما بيان مقدار ما تتحمله العاقلة من الدية فلا يوخذ من كل
واحد منهم الا ثلاثة دراهم او اربعة دراهم ولا يزاد على ذلك لان الاخذ منهم
على وجه الصلة والتبرع تخفيفا على القاتل فلا يجوز التغليظ عليهم بالزيادة
ويجوز ان ينقص عن هذا القدر اذا كانت العاقلة كثيرة فان قلت العاقلة حتى
اصاب الرجل منهم اكثر من ذلك يضم اليهم اقرب القبايل اليهم من النسب
سوا كانوا من اهل الديوان او لا ولا يتعسر عليهم ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون
فيما يودى كاحدهم لان العاقلة تتحمل جناية وجدت منه وضمانا وجب
عليه فكان هو اولى بالتحمل واما بيان كيفية وجوب الدية فنقول
لا خلاف في ان دية الخطا تجب موجلة على العاقلة في ثلاث سنين لاجماع
الصحابة على ذلك فانه روي ان عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحضر من
الصحابة ولم ينقل انه خالفه احد فيكون اجماعا ويوخذ من ثلاث عطايا
ان كان القاتل من اهل الديوان لان لهم في كل سنة عطية فان تعجل العطايا الثلاث
في سنة واحدة يوخذ الكل في سنة واحدة وان تاخرت تاخر حق الاخذ
وان لم يكن من اهل الديوان يوخذ منه ومن قبيلته من النسب في ثلاث
سنين ولا خلاف في الدية الواجبة بالاقرار بالقتل الخطا تجب في ماله في ثلاث انه م
سنين لان الاقرار بالقتل اخبار عن وجود القتل وانه يوخذ خطا موجلا تتحمله
العاقلة الا انه لا يصدق على العاقلة فيجب موجلا في ماله واختلف في شبه
العمد والعمد الذي دخلته شبهة وهو الاب الاب اذا قتل ابنه عمدا
قال اصحابنا انها تجب موجلة في ثلاث سنين الا ان دية شبه العمد
تتحملها العاقلة ودية العمد في مال الاب وقال الشافعي دية العمد
تجب حالا وجه قوله ان سبب الوجوب وجد حالا فتجب الدية حالا
اذ الحكم يثبت على وفق السبب هو الاصل الا ان التاجيل في الخطا ثبت
معدولا به عن الاصل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم او ثبت معلولا بالتخفيف
عن القاتل حتى تحمل عنه العاقلة والعامد يستحق التغليظ ولهذا وجبت في
ماله لا على العاقلة ولنا ان وجوب الدية لم نعرف الا بنص الكتاب
وهو قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة
الى اهله والنص وان ورد بلفظ الخطا لكن غيره ملحق به الا انه مجمل في بيان
القدر والوصف فبين النبي صلى الله عليه وسلم قدر الدية بقوله في النفس المومنة

ما به

ما به من الابل وبيان الوصف وهو الاجل ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم
بقضية عمر بمحضر من الصحابة فصار الاجل وصفا لكل دية وجبت بالنص
وقوله دية الخطا وجبت بطريق التخفيف والعامد يستحق التغليظ قلنا
وقد غلظنا عليه من وجهين احدهما بايجاب دية مغلظة والثاني بالايجاب
في ماله والجاني لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه وكذلك كل جزء من الدية كلها م
تتحمله العاقلة او تجب في مال القاتل فذلك الجزء يجب في ثلاث سنين
كالعشرة اذا قتلوا رجلا خطا او شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة
فعاقلة كل واحد منهم تتحمل عشرها في ثلاث سنين وكذلك العشرة
اذا قتلوا رجلا عمدا واحدهم ابوه حتى وجبت عليهم دية واحدة في
مالهم يجب على كل واحد منهم جزء من دية موجلة في ثلاث سنين فكان
تاجيل الدية تاجيلا لكل جزء من اجزائها اذ الجزء لا يخالف الكل في وصفه
ولا خلاف في ان بدل الصلح عن دم العمد يجب في ماله حالا لانه لم يجب
بالقتل وانما وجب بالعقد فلا يتاجل الا بالشرط كثمن المبيع ونحو ذلك
وكذلك العبد اذا قتل انسانا خطا واختار المولى الفدا حالا لان الفدا لم يجب
بالقتل بدلا عن القتيل وانما وجب بدلا عن دفع العبد والعبد لو دفع يدفع
حالا فكذلك بدله والله اعلم وهذا اذا كان القاتل حرا والمقتول عبدا فالعبد
المقتول لا يخلو اما ان كان عبد اجنبي واما ان كان عبد القاتل فان كان عبد
اجنبي فيتعلق بهذا القتل حكمان احدهما وجوب القيمة والكلام في القيمة في
مواضع في بيان مقدار الواجب منها وفي بيان من تجب عليه وفي بيان من تتحمله
وفي بيان كيفية الوجوب اما الاول فالعبد لا يخلو اما ان كان قليل القيمة
واما ان كان كثير القيمة فان كان قليل القيمة بان كانت قيمته اقل من عشرة
الاف درهم يجب قدر قيمته بالغا ما بلغت بالاجماع وان كانت قيمته
عشرة الاف او اكثر اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد تجب عشرة الاف
الا عشرة وروي عن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه تجب قيمته بالغة
ما بلغت وهو قول الشافعي والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روي
عن عبد الله بن مسعود مثل مذهبنا وروي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه
والحاصل ان العبد ادمي ومال لوجود معنى الادمية والمالية فيه وكل واحد منهما
معتبر مضمون بالمثل والقيمة حالة الانفراد وبالقتل فوت المعنيين جميعا ولا
وجه الى ايجاب الضمانين لمقابلة كل واحد منهما على الانفراد فلا بد من ايجابه

عشرها في ثلاث سنين على كل لان الواجب واحد منهم صح صح م

يجب الفدا صح م

حرا فاما اذا كان القاتل حرا والمقتول صح م

بمقابلة احدهما واهدار الاخر فيقع الكلام في الترجيح فادعي الشافعي الترجيح
من وجهين احدهما ان الواجب مال ومقابلة المال بالمال اولي من مقابلة المال
بالادمي لانه الاصل في ضمان العدوان والوارد علي حق العبد ان يكون مقيدا بالمثل
ولا مماثلة بين المال والادمي فكان ايجابه بمقابلة المال موافقا للاصل
فكان اولي والثاني ان الضمان وجب حقا للعبد وحقوق العباد تجب بطريق
الجبر وفي ايجاب الضمان بمقابلة المالية جبر حق الفوت عليه من كل وجه
ولنا النص ودلالة الاجماع والمعقول اما النص فقوله تعالي ومن قتل
مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الي اهله وهذا مومن قتل خطا
فتجب الدية والدية ضمان الدم وضمان الدم لا يزاد علي عشرة الاف بالاجماع
واما دلالة الاجماع فهو انا اجمعنا علي انه لو اقر علي نفسه بالقصاص يصح وان
كذبه المولي لولا ان الترجيح لمعني الادمية لما صح لانه يكون اقراره اهدار المال
المولي قصدا من غير رضاه وانه لا يملك ذلك واما المعقول فمن وجهين
احدهما ان الادمية فيه اصل والمالية عارض وتبع والعارض لا يعارض
الاصل والتبع لا يعارض المتبوع ودليل اصالة الادمية من وجوه احدها
انه كما خلق خلق ادميا ثم ثبت فيه وصف المالية بعارض الرق والثاني
ان قيام المالية فيه بالادمية وجودا وبقاء لا علي القلب والثالث ان المال خلق
وقاية للنفس والنفس ما خلقت وقاية للمال فكانت الادمية فيه اصلا
وجودا وبقاء وعرضا والثاني ان حرمة الادمي فوق حرمة المال لان حرمة المال
لغيره وحرمة الادمي لعينه فكان اعتبار النفسه واهدار المالية اولي من القلب
الا انه نقصت ديته عن دية الحر لكون الكفر منقصا في الجملة واظهارا لشرف
الحرية وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توفيقا فان ابن مسعود ينقص
من دية الحر عشرة دراهم والظاهر انه قال ذلك سماعا من رسول الله صلي
الله عليه وسلم لانه من باب المقادير ولان هذا ادني ماله خطر في الشرع كما في
نصاب السرقة والمهر في النكاح قوله المال ليس بمثل الادمي قلنا نعم لكن
لشرف الادمي وخسة المال لم يجعل مثلا له عند امكان ايجاب ما هو مثل
له من كل وجه وهو النفس فاما عند تعذر اعتباره من كل وجه فاعتبار
المثل من وجه اولي من الاهدار وقوله الجبر في المال ابلغ قلنا بلي لكن فيه
اهدار الادمي ومقابلة الجابر بالادمي الفايت اولي من مقابلته بالمال
الهالك وان كان الجبر فيه اكثر لان فيه اعتبار جانب المولي فيكون لغيره

وفيما

23

وفيما قلنا الجبر اقل لكن فيه اعتبار جانب نفس الادمي وهو العبد وحرمة
الادمي لعينه فكان ما قلناه اولي ولو كان المقتول امة فان كانت قليلة
القيمة بان كانت قيمتها اقل من خمسة الاف فهي مضمونة بقدر قيمتها بالغة
ما بلغت وان كانت كثيرة القيمة بان كانت قيمتها خمسة الاف او اكثر يجب
خمسة الاف الا عشرة عند ابي حنيفة ومحمد وعلي رواية ابي يوسف
وهو قول الشافعي تبلغ بالغة ما بلغت والكلام في الامة كالكلام في العبد
وانما ينقص منها عشرة كما نقصت من دية العبد وان اختلفا في قدر البدل
لان هذه دية كاملة في الامة فينقص منها ما ينقص في العبد بخلاف ما
اذا قطع يد عبد يزيد نصف قيمته علي خمسة الاف انه يجب خمسة
الاف الا خمسة لان الواجب هناك ليس بدية كاملة بل هو بعض الدية
لان اليد منه نصفه فيجب نصف ما يجب في الكل والواجب في الانثي
ليس بعض دية الذكر بل هو دية كاملة في نفسها لكنها دية الانثي واما
بيان من يجب عليه ومن يتحملها فانها تجب علي القاتل لوجود سبب الوجوب
منه وهو القتل وتتحملها العاقلة في قول ابي حنيفة ومحمد وعلي رواية
ابي يوسف وهو قول الشافعي تجب في مال القاتل وهذا بنا علي الاصل الذي
ذكرنا ان عند ابي حنيفة ومحمد ضمان العبد بمقابلة النفسية وضمان
النفس تتحمله العاقلة كدية الحر وعند الشافعي بمقابلة المالية وضمان
المال لا تتحمله العاقلة بل تكون في مال المتلف كضمان ساير الاموال
وروي عن ابي يوسف في كثير القيمة ان بقدر عشرة الاف تعقلها العاقلة
لان ذلك القدر يجب بمقابلة النفسية وما زاد عليها لا تعقله لانه يجب
بمقابلة المالية واما كيفية وجوب القيمة علي العاقلة عندنا وقدر
ما يتحمل كل واحد منهم فما ذكرنا في دية الحر من غير تفاوت والله اعلم
والثاني وجوب الكفارة لعموم قوله تعالي ومن قتل مومنا خطا فتحرير
رقبة مومنة من غير فصل بين الحر والعبد والله الموفق ولو كان المقتول
مدبرا انسان او ام ولد او مكاتبه فحكمه حكم القن في جميع ما وصفنا
وان كان عبد القاتل فجناية المولي هدر وكذا لو كان مدبره او ام ولد لان
القيمة لو وجبت لوجبت له عليه وهذا ممتنع وان كان مكاتبه فجناية المولي
عليه لازمة وعلي المولي قيمته في ثلاث سنين لان المكاتب فيما يرجع الي
كسبه وارش جنايته حر وكان كسبه وارشه له فالجناية عليه من المولي

والاجنبي سواء ولا تعقلها العاقلة بل تكون في ماله لقوله عليه السلام لا تعقل
العاقلة عمدا ولا عبدا والمكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم ولان المكاتب
على ملك مولاه وانما صحت جنايته بعقد الكتابة والعقد ثابت بينهما غير ثابت
في حق العاقلة ولهذا لا تعقل العاقلة الاعتراف لان اقرار المقر حجة في
حقه لا في حق غيره وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب وعلى ماله لازمة
لما ذكرنا انه احق بكسبه من المولى والمولى كالاجنبي فيه وكذا اذا كان مأذونا
مديونا فعلى المولى قيمته لتعلق حق الغرماء برقبته وبالقتل ابطل محل حقهم
فيجب عليه قيمته وتكون في ماله بالنص وتكون حالة لانه ضمان اتلاف
المال هذا اذا كان القاتل حرا او المقتول عبدا واما اذا كان القاتل عبدا والمقتول
حرا فالحر المقتول لا يخلو اما ان يكون اجنبيا فالعبد القاتل اما ان يكون
قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا فان كان قنا يدفع اذا ظهرت جنايته الا
ان يختار المولى الفداء فلا بد من بيان ما يظهر به هذه الجناية وبيان صفة
الحكم وبيان ما يصير به المولى مختارا للفداء وشرط صحة الاختيار وبيان
صفة الفداء الواجب عند الاختيار اما الاول فهذه الجناية تظهر
بالبينة واقرار المولى وعلم القاضي ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان او
مأذونا لان العبد يملك بالاذن بالتجارة ما كان من باب التجارة والاقرار
بالجناية ليس من التجارة واذا لم يصح اقراره لا يؤاخذ به لا في الحال ولا بعد
العتاق لان موجب اقراره لا يلزمه وانما يلزم مولاه فكان هذا اقرارا على
المولى حتى لو صدقه المولى صح اقراره وكذلك لو اقر بعد العتاق انه كان
جنى في حال الرق لا شيء عليه لما ذكرنا ان هذا اقرار على المولى الا ترى لو صدقه
المولى واقر انه اعتقه وهو يعلم بالجناية فعلى المولى قيمته والله اعلم واما
حكم هذه الجناية فوجوب دفع العبد الى ولي الجناية الا ان يختار المولى
الفداء عندنا وعند الشافعي حكمها تعلق الارش برقبة العبد يباع فيه
ويستوفي الارش من ثمنه فان فضل منه شيء فالفضل للمولى وان لم يف ثمنه
بالارش يتبع بما بقي بعد العتاق وللمولى ان يستخلصه ويؤدي الارش
من مال اخر وجه قوله ان الاصل في ضمان الجناية انه يجب على الجاني لان الواجب
على الانسان اما ان يكون في ماله او تتحمل العاقلة عنه والعبد لا مال له ولا
عاقلة فتعذر الايجاب عليه فيجب في رقبته يباع فيه كدين الاستهلاك
في الاموال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي وعبد الله

ن

بن عباس مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينقل الانكار
عليهما من احد منهم والقياس يترك بمعارضة الاجماع ودين الاستهلاك
في باب الاموال يجب على العبد على ما عرف واما صفة هذا الحكم فيصير
العبد واجب الدفع على سبيل التعيين كثرت قيمة العبد او قلت وعند
اختيار المولى الفداء ينتقل الحق من الدفع الى الفداء سواء كان المجني عليه
واحدا او اكثر غير انه ان كان واحدا دفع اليه ويصير كله مملوكا له وان
كانوا جماعة يدفع اليهم وكان مقسوما بينهم على قدر ارش جناياتهم وسواء
كان على العبد دين وقت الجناية او لم يكن وبيان هذه الجملة في مسائل
اذا مات العبد الجاني قبل اختيار الفداء بطل حق المجني عليه اصلا لان
الواجب دفع العبد على طريق التعيين وذلك لا يتصور بعد هلاك العبد
فيسقط الحق اصلا ورأسا وهذا يدل على ان قول من يقول حكم هذه الجناية
تخيير المولى بين الدفع والفداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين الفداء
عند هلاك العبد ولم يبطل حق المجني عليه اصلا على ما هو الاصل في المخير
بين شيئين اذا هلك احدهما انه يتعين عليه الاخر ولو مات بعد اختيار
الفداء لا يبرأ بموت العبد لانه لما اختار الفداء فقد انتقل الحق من رقبة
العبد الى ذمة المولى فلا يحتمل السقوط بهلاك العبد بعد ذلك ولو
كانت قيمة العبد اقل من الدية فليس على المولى الا الدفع لان وجوب
الدفع حكما لهذه الجناية ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولم يفصلوا
بين قليل القيمة وكثيرها ولو جنى العبد على جماعة فان شاء المولى دفعه
اليهم لان تعلق حق المجني عليه الاول لا يمنع حق الثاني والثالث لان
ملك المولى لما لم يمنع التعلق فالحق اولى لانه دونه واذا دفعه اليهم
كان مقسوما بينهم بالحصص على قدر ارش جناياتهم لان حصة واحد
منهم من العبد عوض عن الفائت فيتقدر بقدر الفائت وان شاء امسك
العبد وغرم الجنايات بكمال اروشها ولو اراد المولى ان يدفع من العبد
الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه ويفدي بعض الجنايات له ذلك بخلاف
ما اذا كان القتيل واحدا وله وليان فاراد المولى دفع العبد الى احدهما
والفداء في الاخر انه ليس له ذلك لان الجناية هناك واحدة ولها حكم واحد
وهو وجوب الدفع على التعيين فلا يجوز ان يجمع في جناية واحدة بين حكمين
مختلفين بخلاف ما اذا جنى على جماعة لان الجناية هناك متعددة

وبيان حكم هذه الجناية ص

نعيد اجماعا منهم ص

وعند اختيار الفداء وجب الفداء على التعيين ص

وله خيار الدفع والفدا في كل واحد منهما والدفع في البعض والفدا في البعض لا يكون
جمعا بين حكمين مختلفين في جناية واحدة فهو الفرق ولو قتل انسانا وفقأ
عين آخر فان اختار الدفع دفعه اليهما اثلاثا لتعلق حقهما بالعبد اثلاثا
وان اختار الفدا فدا عن كل جناية بارشها وكذلك اذا شج انسانا شجاجا
مختلفة ثم ان دفع العبد اليهم كان مقسوما على قدر جناياتهم وان اختار بينهم صح
الفدا فدا عن الكل باروشها ولو قتل العبد رجلا وعلى العبد دين يخير
المولى بين الدفع والفدا ولا يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجب
الجناية وجوب الدفع وتعلق الدين برقبة العبد لا يمنع من الدفع الا انه
يدفعه مشغولا بالدين فان فدا بالدية يباع العبد في الدين لانه لما
فدا فقد طهرت رقبة العبد عن الجناية فيباع الا ان يستخلصه المولى
لنفسه ويقضي دين الغرما وان اختار الدفع الى اولياء الجناية فدفع اليهم
يباع لاجل الغرما في دينهم وانما بدئ بالدفع لا بالدين لان فيه رعاية الحقين
حق اولياء الجناية بالدفع اليهم وحق اصحاب الدين بالبيع لهم ولو بدئ بالدين
فبيع به لبطل حق اولياء الجناية في الدفع لانه بالبيع يصير ملكا للمشتري
لذلك بدئ بالدفع وفائدة الدفع الى اولياء الجناية ثم البيع هي ان يثبت
لهم حق استخلاص العبد بالفدا لان للناس اغراضا في الاعيان ثم اذا بيع
فان فضل شي من ثمن العبد كان الفاضل لاولياء الجناية لان العبد بيع على
ملكهم لصيرورته ملكا لهم بالدفع اليهم وان لم يف ثمنه بالدين تاخر
ما بقي الى ما بعد العتاق كما لو بيع على ملك المولى الاول ولا يضمن المولى
لاصحاب الدين بدفع العبد الى اولياء الجناية شيا استحسانا والقياس ان
يضمن وجه القياس ان الدفع اليهم تمليك منهم بعد تعلق الدين برقبته
فصار كانه باعه منهم ولو باعه منهم لضمن كذا هذا وجه الاستحسان
ان الدفع واجب عليه لما فيه من رعاية الحقين على ما بينا ومن فعل ما وجب
عليه لا يضمن ولو حضر الغرما اولا فباع المولى العبد في حقهم فان فعل ذلك دينهم
بغير امر القاضي ينظر ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفدا ولزمه الارش
وان كان غير عالم بالجناية فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش وهو
الدية وان كان رفع الى القاضي فان كان القاضي عالما بالجناية فانه لا يبيع العبد
بالدين لان فيه ابطال حق اولياء الجناية فلا يملك ذلك وان لم يكن عالما بالجناية
فباعه بالدين ببينة قامت عنده او بعلم ثم حضر اولياء الجناية ولا فضل في

الثمن

الثمن بطلت الجناية وسقط حق اولياء الجناية لانه خرج عن ملك المولى بغير
رضاه فصار كانه مات وهذا لانه لا سبيل الى تضمين القاضي لانه فيما يصنعه
امين فلا تلحقه العهدة ولا سبيل الى فسخ البيع لانه لو فسخ البيع ودفع
بالجناية لوقعت الحاجة الى البيع ثانيا فتعين القول بالفسخ فصار كانه مات
ولو مات لبطل حق اولياء الجناية اصلا كذا هاهنا والله اعلم ولو قتل العبد
الجاني قبل الدفع فان كان القاتل حرا ياخذ المولى قيمته ويدفعها الى ولي
الجناية ان كان واحدا وان كانوا جماعة يدفعها اليهم على قدر حقوقهم لان
القيمة بدل العبد فتقوم مقامه الا انه لا خيار للمولى بين القيمة والفدا حتى
لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختارا للفدا على ما ذكرنا وانما كان كذلك
لان القيمة دراهم او دنانير فان كانت مثل الارش فلا فائدة في التخيير وكذلك
ان كانت اقل من الارش او اكثر منه لانه يختار الاقل لا محالة بخلاف العبد
فانه وان كان قليل القيمة فللناس رغائب في الاعيان وكذلك ان قتله عبد
اجنبي فخير مولاه بين الدفع والفدا ففدا بقيمة العبد المقتول ان المولى
ياخذ القيمة ويدفعها الى ولي الجناية لما قلنا ولو دفع العبد القاتل الى
مولى العبد المقتول يخير مولى العبد المقتول بين الدفع والفدا حتى لو تصرف
في العبد المدفوع بالبيع ونحوه يصير مختارا للفدا لان العبد القاتل قائم
مقام العبد المقتول لحما ودما فكان الاول قائم وان قتله عبد آخر لمولاه
خير المولى في العبد القاتل بين الدفع والفدا لان تعلق حق ولي الجناية بالعبد
جعل المولى كالاجنبي فصار كان عبد اجنبي قتل العبد الجاني وهناك يخير
بين الدفع والفدا بقيمة المقتول كذا هاهنا وكذا لو قتل عبد رجلا خطا وقتلت
امة لمولاه هذا العبد خير المولى بين دفعها وفدائها بقيمة العبد لما
قلنا ولو كان العبد قتل رجلا خطا وقتلت امة لمولاه رجلا آخر خطا
ثم ان العبد قتل الامة خير المولى بين الدفع والفدا فان اختار الفدا فدا بالدية
وقيمة الامة وان اختار الدفع ضرب فيه اولياء قتيل العبد بالدية واولياء قتيل
الامة بقيمة الامة لان الجناية عليها كالجناية على امة اجنبي فقتلت رجلا
خطا ولو كانت قيمة الامة الفا كان العبد مقسوما بينهم على احد عشر سهما سهم
لاولياء قتيل الامة وعشرة اسهم لاولياء قتيل العبد فان قطع عبد الاجنبي
يد العبد الجاني او فقا عينه او جرحه جراحة فخير مولى العبد القاطع او
الفاقي او الجارح بين الدفع والفدا فان دفع عبده او فدا بالارش فمولى العبد

ولو تصرف في العبد يصير مختارا للفداء صح

القاطع المقطوع يخير بين الدفع والفدا فان شا دفع عبده المقطوع مع العبد القاطع
او مع ارش يد عبده المقطوع وان شا فدا عن الجناية بالارش لان العبد المقطوع
كان واجب الدفع بجميع اجزايه وارش يده بدل جزوه وكذا العبد المدفوع
قايم مقام يده وكان واجب الدفع الا ان يختار الفدا فينتقل الحق من العبد الى
الارش ولو كسب العبد الجاني كسبا او كان الجاني امة فولدت بعد الجناية
فاختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الارش انه يدفع والفرق
ان الارش بدل جزء كان واجب الدفع وحكم البدل حكم المبدل بخلاف الكسب
والولد ولو قطعت يد العبد فاخذ المولى الارش ثم اختلف المولى وولي الجناية
فادعى المولى ان القطع كان قبل جنايته وان الارش سالم له وادعى ولي الجناية
انه كان بعدها وانه مستحق الدفع مع العبد فالقول قول المولى لان الارش
ملك المولى كالعبد لانه بدل ملكه فولي الجناية يدعي عليه وجوب تمليك
مال هو ملكه منه وهو ينكر وكان القول قوله مع يمينه ولو قطعت يد
عبد او فقئت عينه واخذ المولى الارش ثم جنى جناية فان شا المولى
اختار الفدا وان شا دفع العبد كذلك ناقصا وسلم له ما كان اخذ من
الارش لان وجوب الدفع بسبب الجناية وهو كان عند الجناية ناقصا
فيدفع ناقصا بخلاف ما اذا قطعت يده بعد الجناية عليه كان واجب
الدفع بجميع اجزايه والارش بدل الجزء فيجب دفعه مع العبد ولو قتل
قتيلا خطا ثم قطعت يده ثم قتل قتيلا اخر خطا فارش يده يسلم لولي الجناية
الاولى لان حقه كان متعلقا بجميع اجزايه وقت الجناية والارش بدل
الجزء فيقوم مقامه فيسلم له فاما حق الثاني فلم يتعلق بالجزء لانعدامه
وقت الجناية ثم يدفع العبد فيكون بين وليي الجنايتين على تسعة وثلاثين
جزا لان موضوع المسلة فيما اذا كان قيمة العبد الف درهم فنقول
حق ولي كل جناية في عشرة الاف وقد استوفى ولي الجناية الاولى
من حقه خمسماية فيجعل كل خمسماية سهما فيكون كل العبد اربعين م حقه م
سهما كل واحد منهما في عشرين وقد اخذ ولي الجناية الاولى من حقه
خمسماية وبقي حقه في تسعة عشر سهما ولم ياخذ ولي الجناية الثانية
شيا فبقي حقه في عشرين جزا من العبد وان اختار الفدا فدا عن كل
واحد من الجنايتين بعشرة الاف لان ذلك ارشها ولو شج انسانا موضحة
وقيمته الف ثم قتل اخر وقيمته الفان فان اختار الفدا فدا عن كل واحد

مز

من الجنايتين بارشها وان اختار الدفع دفعه مقسوما بينهما على احد وعشرين
سهما سهم لصاحب الموضحة وعشرون لولي القتيل لما ذكرنا ان قسمة العبد
بينهما على قدر تعلق حق كل واحد منهما به وصاحب الموضحة حقه في خمسماية
وحق ولي القتيل في عشرة الاف فنجعل كل خمسماية سهما فتكون القسمة على
احد وعشرين وما حدث من زيادة القيمة للعبد والزيادة على الشركة ايضا
لانها صفة الاصل واذا ثبتت الشركة في الاصل ثبتت في الصفة وكذلك
لو قتل انسانا خطا وقيمته وقت القتل الفان ثم عمي بعد القتل قبل الشجة ثم شج
انسانا موضحة كانت القيمة بينهما على احد وعشرين وما حدث فيه من
النقصان فهو على الشركة ايضا لما قلنا ولو جنى جناية ففدا المولى ثم جنى جناية
اخرى خير المولى بين الدفع والفدا لانه اذا فدا فقد طهر العبد عن الجناية وصار لماه
كانه لم يجن فاذا جنى بعد ذلك فهذه جناية مبتداة فيبتدا حكمها وهو
الدفع او الفدا بخلاف ما اذا جنى ثم جنى جناية اخرى قبل اختيار الفدا انه يدفع
اليهما جميعا او يفدي لانه لما لم يفد الاولى حتى جنى ثانيا فحق كل واحد منهما
تعلق بالعبد فيدفع اليهما او يفدي ولو قتل العبد رجلا وله وليان فدفعه
المولى الى احدهما فقتل عنده رجلا اخر ثم حضر وا فقال للمدفوع اليه
ادفع نصف العبد الى ولي القتيل الثاني او افده بنصف الدية واما النصف
الاخر فيومر بالرد على المولى ثم يخير المولى بين الدفع الى ولي الجناية الثانية
وولي الجناية الاولى الذي لم يدفع اليه اما وجوب نصف دفع العبد على
المدفوع اليه الى ولي القتيل الثاني او الفدا لانه ملك نصف العبد بالدفع
فيخير في جنايته بين الدفع والفدا واما وجوب رد نصف العبد الى المولى فلانه
اخذه بغير حق فعليه رده لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده
ولا يخير المولى في النصف بين الدفع الى وليي الجنايتين وبين الفدا لان وقت
الجناية الاولى كان كل العبد على ملكه ووقت وجود الثانية كان نصفه على
ملكه فيوجب الدفع او الفدا فان اختار الفدا فدا لكل واحد منهما بنصف
م دفع م العبد م الدية وان دفع نصف العبد اليهما نصفين لان الدفع على قدر تعلق الحق
وحق كل واحد منهما تعلق بنصف فيكون نصف العبد بينهما نصفين
وقد كان وصل النصف الى ولي الجناية الثانية من جهة المدفوع اليه
ووصل اليه بالدفع من المولى الربع فيسلم له ثلاثة ارباع العبد وسلم لولي
الجناية الاولى الذي لم يدفع اليه العبد الربع فصار العبد بينهما ارباعا

ثلاثة ارباعه لولي الجناية الثانية وربعه لولي الجناية الاولى وبقي الى تمام حقه
الربع ثم لا يخلوا اما ان كان المولى دفع كل العبد بقضا القاضي او بغير قضاء
القاضي فان كان الدفع بقضا لا يضمن المولى لان الدفع اذا كان بقضا كان هو
مضطرا في الدفع فلا يضمن ولا سبيل الى تضمين القاضي لان القاضي فيما
يصنع امين فلا يلحقه العهدة ويضمن القابض لانه قبض بغير صاحبه
بغير حق والقبض بغير حق سبب لوجوب الضمان كقبض الغصب ولا
يخرج عن الضمان بالرد الى المولى لانه لم يرده على الوجه الذي قبض العبد
فان غاوره مشغولا وان كان الدفع بغير قضا القاضي فولي الجناية الذي
لم يدفع اليه العبد بالخيار ان شا ضمن المولى ربع قيمة العبد وان شا
ضمن القابض ليسلم له نصف العبد ربعه لحم ودم وربعه دراهم ودنانير
لانه وجد سبب وجوب الضمان في حق كل واحد منهما الدفع من المولى
والقبض من القابض فان اختار تضمين المولى فالمولى يرجع على القابض وان
اختار تضمين القابض لا يرجع على المولى لان حاصل الضمان عليه ولو قتل العبد
قتيلين خطا فدفعه المولى الى احد وليي القتيلين فقتل عنده قتيلا
اخر واجتمعوا فان القابض يدفع نصف العبد بالجناية او يفديه بنصف
الجناية لما ذكرنا في الفصل الاول ثم يقال للمولى ادفع النصف الباقي الى ولي
الجناية الثالثة او افد بنصف الدية خمسة الاف لانه قد وصل اليه
نصف العبد وبقي حقه في النصف ويفديه لولي الجناية الثانية بكمال
الدية عشرة الاف لانه لم يصل اليه شي من حقه وله ان يدفع نصف
العبد اليهما فان دفع اليهما كان مقسوما بينهما على قدر حصتهما فيضرب
ولي الجناية الثانية فيه بعشرة الاف وولي الجناية الثالثة بخمسة الاف
فيصير نصف العبد بينهما اثلاثا ثلثاه لولي الجناية الثانية وثلثه لولي
الجناية الثالثة وبقي من حق الثاني السدس لان حقه في نصف العبد وقد
حصل له ثلثا النصف وهو ثلث كل العبد فبقي الى تمام حقه السدس فان
كان الدفع بقضا القاضي ضمن القابض لا المولى وان كان بغير قضا فان شا
ضمن المولى وان شا ضمن القابض كما في المسلة المتقدمة ولو قتل العبد
انسانا وفقا عين اخر فدفع المولى العبد الى المفقوء عينه فقتل في يده قتيلا
يقال للمفقو عينه ادفع ثلث العبد الى ولي القتيل الثاني او افد بالثلث
ورد الثلثين على المولى لانه اخذ الثلث بحق وملكه واخذ الثلثين بغير

حق

حق فيومر بالرد الى المولى ثم يخير المولى بين دفع الثلثين والفدا فان اختار الفدا
فدا الاول بتمام الدية عشرة الاف والثاني بثلثي الدية وذلك ستماية وستة
وستون وثلثان وان اختار الدفع دفع اليهما مقسوما بينهما على قدر حقيهما
فيضاربان يضرب الاول بتمام الدية عشرة الاف والثاني بثلثي الدية
ستة الاف وستماية وستة وستون وثلثان وان اختار الدفع فاجعل
كل الف سهما فيصير ثلثا الدية بينهما على ستة عشر سهما وثلثين فيكون
كل العبد على خمسة سهما وقد اخذ ولي القتيل الثاني منه ثلثه وهو ثمانية وعشرين
وثلث وبقي ثلثاه فيكون بينهما لولي القتيل الاول عشرة ولولي القتيل الثاني
ستة وثلثان ثم ولي القتيل الاول يرجع على القابض وهو المفقو عينه بستة
اجزا من ستة عشر جزا وثلثي جزء ومن ثلثي قيمته لان هذا القدر كان حقه
وقد فات عليه بسبب كان في يد القابض فيجعل كانه هلك عنده فيضمن
لولي القتيل الاول فان كان الدفع بغير قضا القاضي له ان ياخذ بها شا كما
في الفصل الاول وطريقة اخرى في الحساب انه اذا دفع ثلثي العبد
اليهما وضرب احدهما بالدية والاخر بثلثي الدية يجعل كل ثلث سهما
فيصير كل الدية ثلاثة اسهم وثلثا الدية سهمين فيصير ثلثا العبد
على خمسة اسهم للاول ثلاثة وللاخر سهمان ويصير الثلث الاخر
سهمين ونصفا فيصير جميع العبد على سبعة ونصف فوقع فيه
كسر فيضعف فيصير خمسة عشر فالثلث منه خمسة وقد دفع
الى الاخر وثلثا العبد عشرة فيقسم بينهما فيضرب الاول بثلاثة
اخماسه وهو ستة اسهم والاخر باربعة اسهم ثم يرجع الاول على القابض
بخمس ثلثي قيمة العبد ولو قتلت امة رجلا ثم ولدت بنتا فقتلت البنت
رجلا ثم ان البنت قتلت امها فالمولى يخير بين دفع البنت الى وليي الجنايتين
وبين الفدا فان اختار الفدا فدا لاوليا قتيل البنت بالدية ولاوليا قتيل
الام بقيمة الام لما ذكرنا فيما تقدم ان تعلق حق المجني عليه وهو حق الدفع
الحق المولى بالاجنبي فيصير كانها جنت على جارية اخرى لاجنبي وان
اختار الدفع ضرب اوليا قتيل البنت بالدية واوليا قتيل الام بقيمة العبد
فيقسم العبد بينهم على ذلك حتى لو كانت قيمة الام الف درهم كانت القسمة
على احد عشر سهما كل الف درهم سهم من ذلك لاوليا قتيل الام وعشرة
اسهم لاوليا قتيل البنت ولو كانت البنت فقات عين الام ولم تقتلها

بلغ

فالمولى يخير بين الدفع والفدا لا يخلوا اما ان يختار دفعهما جميعا واما ان يختار
فداهما جميعا واما ان يختار فدا البنت ودفع الام واما ان يختار فدا الام
ودفع البنت فان اختار دفعهما جميعا يدفع الام الى اوليا قتيل الام وهذا
ظاهر ويدفع البنت الى اوليا قتيل البنت والى اوليا قتيل الام وكانت مقسومة
بينهم على قدر حقوقهم فيتضاربون فيها يضرب اوليا قتيل البنت
فيها بالدية لان حقهم تعلق بكل البنت واوليا قتيل الام بنصف قيمة
الام لانها فقات احدى عينيها والعين من الادمي نصفه وان اختار فداهما
جميعا فدى لكل فريق من اوليا الجنايتين بتمام الدية لان ذلك ارش
كل واحد من الجنايتين وسقطت جناية البنت على الام لانهما جميعا ملك
المولى وقد طهرتا عن الجناية بالفدا وخلص ملك المولى فيهما فبقيت جناية
البنت عليها جناية ملك المولى على ملكه فيكون هدرا وان اختار دفع الام
وفدا البنت دفع الام الى اوليا قتيل الام ثم يفدي البنت يفدي لاوليا قتيل
البنت بالدية ولاوليا قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا وان اختار دفع
البنت وفدا الام يدفع البنت الى اوليا قتيل البنت ويفدي لاوليا قتيل
الام بكمال الدية وبطلت جناية البنت على الام لان الام طهرت بالفدا وخلص
ملك المولى فيها فصار جناية البنت على امها جناية ملك المولى على ملكه فيكون
هدرا ولو ان الام فقات بعد ذلك عيني البنت قبل ان تدفع واحدا منهما
فان المولى يخير فيهما جميعا فيبدا بالبنت لانها هي التي بدات بالجناية فتدفع
الى اوليا الجنايتين فيتضاربون فيها فيضرب فيها اوليا قتيل البنت بالدية
واوليا قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا في المسئلة الاولى ثم يدفع الام اليهم
فيتضاربون فيها فيضرب فيها اوليا قتيل الام بالدية الا ما وصل اليهم
من ارش البنت ويضرب فيها اوليا قتيل البنت بنصف قيمة البنت لان
كل واحد منهما جنت جنايتين فتدفع كل واحدة بجنايتها طعن في هذا
الجواب وقيل ينبغي اذا دفع البنت في الابتدا ان يضرب فيها اوليا
قتيل الام بنصف قيمة الام واوليا قتيل البنت بالدية الا ما يصل اليهم
في المستانف لانه يصل اليهم بعض الام فينبغي ان لا يضربوا بتمام الدية
والصحيح ما ذكر في الكتاب لان البنت حين دفعت كان حق اوليا قتيل
البنت في تمام الدية ولم يكن وصل اليهم شي فوجب ان يضربوا بجميع
ذلك والزيادة التي تظهر لهم في المستانف لا عبرة بها لان القسمة قد

صحت

صحت وقت الدفع فلا تتغير بعد ذلك كما في لو ان رجلا مات وعليه لرجل
الف ولاخر الفان وترك الفا فقسمناها اثلاثا ثم ان صاحب الالفين
ابرا الميت عن الف ان القسمة الاولى لا تنتقض كذا هنا ولو جنت الامة
جناية ثم ولدت ولدا فقطع ولدها يدها يدفع الولد مع الام لما ذكرنا
ان الولد في حكم الجناية على الام بمنزلة الاجنبي فصار كان عبدا اجنبيا قطع
يدها ودفع بالجناية وهناك يدفع العبد مع الجارية لكونه قايما مقام
يد الجارية كذا هذا والله اعلم واما بيان ما يصير به المولى مختارا للفدا
وبيان شرط صحة الاختيار فنقول وبالله التوفيق ما يصير به المولى
مختارا للفدا نوعان نص ودلالة اما النص فهو التصريح بلفظ الاختيار ر
وما يجري مجراه نحو ان يقول اخترت الفدا او فديته او رضيت به ونحو
ذلك سوا كان المولى موسرا او معسرا في قول ابي حنيفة فيسار المولى
ليس بشرط لصحة الاختيار عنده حتى لو اختار الفدا ثم تبين انه فقير
صح اختياره وصارت الدية دينا عليه وعند ابي يوسف ومحمد يسار
المولى شرط صحة اختيار المولى الفدا ولا يصح اختياره اذا كان معسرا
الا برضا الاوليا ويقال له اما ان تدفع او تفدي حالا كذا ذكر الاختلاف
في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمهما الله في
جواز الاختيار وفي لا الا ان عند محمد الدية تكون في عين العبد لو لي
الجناية يتبعه فيها المولى لولي الجناية وهكذا روي عن ابي يوسف وجه
قولهما ان الحكم الاصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع وعند الاختيار ينتقل
الى الذمة فيتقيد الاختيار بشرط السلامة ولا سلامة مع الاعسار
فلا ينتقل اليها فبقي العبد واجب الدفع ولابي حنيفة ان العزيمة ما قاله
وهو وجوب الدفع لكن الشرع رخص له الفدا عند الاختيار والاعسار ر
لا يمنع صحة الاختيار لانه لا يقدح في الاهلية والولاية وقد وجد الاختيار ر
مطلقا عن شرط السلامة فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل واما الدلالة
فهي ان يتصرف المولى في العبد تصرفا يفوت الدفع او يدل على امساك
العبد مع العلم بالجناية يكون اختيارا للفدا لان حق المجني عليه يتعلق بالعبد
وهو حق الدفع وفي تفويت الدفع تفويت حقه والظاهر ان المولى لا يرضى
بتفويت حقه مع العلم بذلك الا بما يقوم مقامه وهو الفدا فكان اقداما منه
عليه اختيار الفدا وعلى هذا الاصل تخرج المسايل اذا باع العبد بيعا باتا

تصرفا يفوت الدفع او يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية صح

وهو عالم بالجناية صار مختارا لانه تصرف مزيل للملك فيفوت الدفع وكذا
اذا باع بشرط خيار المشتري اما على اصلهما فلا يشكل لان المبيع دخل في
ملك المشتري واما على اصل ابي حنيفة فلان خيار المشتري ان كان يمنع
دخول المبيع في ملكه فلا يمنع زواله عن ملك البائع وهذا يكفي دلالة
الاختيار لانه يفوت الدفع ولو باع على انه بالخيار فان مضت مدة الخيار
او اسقط الخيار قبل مضي المدة كان مختارا لان البيع ابرم قبل الدفع
ولو نقض البيع لم يكن مختارا لان الملك لم يزل فلم يفت الدفع ولو عرض
العبد على البيع لم يكن ذلك اختيارا عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر
يكون اختيارا وجه قول زفر ان العرض على البيع دليل استبقاء الملك
الا ترى ان المشتري بشرط الخيار اذا عرض المشترى على البيع بطل
اختياره فكان دليل امساك العبد لنفسه وذلك دليل اختيار الفدا لما
بينا ولنا ان العرض على البيع لا يوجب زوال الملك فلا يفوت الدفع
وليس دليل امساك العبد ايضا بل هو دليل الاخراج عن الملك فلا يصلح
دليل اختيار الفدا ولو باعه بيعا فاسدا لم يكن مختارا حتى يسلمه
الى المشتري لان الملك لا يزول قبل التسليم فلا يفوت الدفع ولو
وهبه من انسان وسلمه اليه صار مختارا لان الهبة والتسليم مزيل
الملك فيفوت الدفع ولو كانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى
من المجني عليه كان مختارا لان التسليم بالهبة في معنى الدفع لان كل واحد
منهما تمليك بغير عوض فوقعت الهبة موقع الدفع بخلاف البيع لانه
تمليك بعوض والدفع تمليك بغير عوض فلا يقوم مقامه وكان الاقدام
على البيع منه اختيار الفدا وكذا لو تصدق به على انسان او على المجني
عليه فهو والهبة سوا لان كل واحد منهما تمليك بغير عوض ولو
اعتقه او دبره او كانت امة فاستولدها وهو عالم بالجناية صار
مختارا لان هذه التصرفات تفوت الدفع اذ الدفع تمليك وانها
تمنع من التمليك فكانت اختيار الفدا ولو كانت جناية العبد فيما
دون النفس فامر المولى المجني عليه باعتاقه فاعتقه وهو عالم بالجناية
صار المولى مختارا للفدا لان اعتاقه بامره مضاف اليه فكان دليل
اختيار الفدا كما لو اعتق بنفسه ولو قال لعبده ان قتلت فلانا فانت حر
فقتله صار مختارا للفدا عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يكون مختارا وجه

لا يصير مختارا ولا شي على المولى ولو باعه من المجني عليه م

قوله

قوله انه انما يصير معتقا بالكلام السابق وهو قوله انت حر والجناية عند ذلك
وبعد وجود الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختارا ولنا ان المعلق بالشرط يصير
منجزا عند وجود الشرط بتنجيز مبتدا كانه قال له بعد وجود الجناية
انت حر ونظيره اذا قال لامراته وهو صحيح اذا مرضت فانت طالق ثلاثا
فمرض حتى وقع الطلاق عليها يصير فارا عن الميراث حتى ترثه المراة وان
كان التعليق في حالة الصحة لما قلنا كذا هذا ولو اخبر المولى انسان ان عبده
قد جنى فاعتقه فان صدقه ثم اعتقه صار مختارا للفدا بلا خلاف وان كذبه
فاعتقه لا يصير مختارا عند ابي حنيفة ما لم يكن المخبر رجلان او رجل واحد
عدل وعند ابي يوسف ومحمد يصير مختارا للفدا ولا يشترط العدد في المخبر
ولا عدالته وقد ذكرنا المسلة في كتاب الوكالة ولو كاتبه وهو عالم بالجناية
صار مختارا اختيارا على التوقف لفوات الدفع في الحال على التوقف فان ادى
بدل الكتابة بعتق وتقرر الاختيار وان عجز ورد في الرق ينظر في ذلك ان
خوصم قبل ان يعجز فقضى القاضي بالدية ثم عجز لا ينتقض القضا لان الدية كانت
وجبت بالمكاتبة من حيث الظاهر وتقرر الوجوب باتصال القضا به وان لم
يخاصم حتى عجز كان للمولى ان يدفعه لان الدفع كان لم يثبت على القطع
والبتات لاحتمال ان يعجز فاذا عجز جعل كان الكتابة لم تكن فكان له ان يدفعه
وروي عن ابي يوسف انه يصير مختارا بنفس الكتابة لتعذر الدفع بنفسها
لزوال يده عنه ثم عادت اليه بسبب جديد وهو العجز ولو كاتبه كتابة
فاسدة كان ذلك اختيارا منه بخلاف البيع الفاسد انه لا يكون اختيارا
بدون التسليم لان الكتابة الفاسدة وهو تعلق العتق بالادا تثبت بنفس
العقد والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم واما
الاجارة والرهن والتزويج بان زوج العبد الجاني امراة او زوج الامة الجانية
انسانا فهل يكون اختيارا ذكر في ظاهر الرواية انه لا يكون اختيارا لان الدفع لم
يفت لان الملك قايم فكان الدفع ممكنا في الجملة وذكر الطحاوي انه يكون
اختيارا لان الدفع للحال متعذر فاشبه البيع والتزويج تعييب فاشبه
التعييب حقيقة ولو اقر به لغيره لا يكون مختارا كذا ذكر في الاصل لان الاقرار
لغيره لا يفوت الدفع لان المقر له مخاطب بالدفع او الفدا وذكر الكرخي في مختصره
انه يكون مختارا لان اقراره به لغيره في معنى التمليك منه اذ العبد ملكه من حيث
الظاهر لوجود دليل الملك وهو اليد فاذا اقر به لغيره فكانه ملكه منه

ولو قتله المولى صار مختارا لانه فوت الدفع بالقتل ولو قتله اجنبي فان كان
عمدا بطلت الجناية وللمولى ان يقتله قصاصا لانه فات محل الدفع لا الى خلف
هو مال فتبطل الجناية وان كان خطا يأخذ المولى القيمة ويدفعها الى ولي
الجناية ولا يخير المولى في القيمة على ما بينا فيما تقدم ولو لم يقتله المولى ولكن
عيبه بان قطع يده او فقا عينه او جرحه جراحة او ضربه ضربا اثر فيه
ونقصه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفدا لانه بالنقصان حبس عن المجني
عليه جزا من العبد وحبس الكل دليل اختيار الفدا لانه دليل امساك العبد
لنفسه فكذا حبس الجزء ولان حكم الجزء حكم الكل والله اعلم ولو ضرب المولى
عينه فابيضت وهو عالم بالجناية حتى جعل مختارا ثم ذهب البياض فان
ذهب قبل ان يخاصم فيه بطل الاختيار ويومر بالدفع او الفدا لانه انما جعل
مختارا لاجل النقصان وقد زال فجعل كان ذلك لم يكن وان خوصم في حال
البياض فضمنه القاضي القيمة ثم زال البياض فقضا القاضي نافذ لا يرد
ولا يبطل اختياره لان اختياره وقع صحيحا ووجب الدين وقد استقر باتصال
القضا به وان استخدمه وهو عالم بالجناية لا يصير مختارا لانه لا يفوت للفداء م
الدفع بالاستخدام لقيام الملك وكذا الاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يبطل
به خيار الشرط فلا يكون دليلا على امساك العبد لنفسه وان عطب في الخدمة
لا ضمان عليه وبطل حق ولي الجناية لان الاستخدام ليس باختيار لما بينا ولم يوجد
منه تصرف اخر يدل على الاختيار فصار كانه عطب قبل الاستخدام ولو
كان الجاني امة فوطيها المولى فان كانت بكرا فقد صار مختارا لانه فوت
جزا منها حقيقة بازالة البكارة وهي ازالة العذرة وان كانت ثيبا فان كانت
علقت منه صار مختارا وان لم تعلق لا يصير مختارا وهذا جواب ظاهر
الرواية وروي عن ابي يوسف انه يصير مختارا سوا علقت منه او لم تعلق
وجه هذه الرواية ان حل الوطي لا بد له من الملك اما ملك النكاح او ملك
اليمين ولم يوجد هاهنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين لثبوت الحل فكان
اقدامه على الوطي دليلا على امساكها لنفسه فكان دليل الاختيار وجه
ظاهر الرواية ان الوطي ليس الا استيفا منفعة البضع وانه لا يوجب نقصان
العين حقيقة لانه منفعة البضع وقدر النقصان لا جزا من العين حقيقة
الا انها الحقت بالاجزا عند الاستيفا في غير الملك اظهارا لخطر البضع
والاستيفا هاهنا حصل في الملك فلا حاجة الى الالحاق فانعدم النقصان

حقيقة

حقيقة وتقديرا ولو اذن له في التجارة فركبه دين لم يصر المولى مختارا وعليه
قيمته اما عدم صيرورته مختارا فلان الاذن لا يوجب تعذر الدفع لا قبل لحوق
الدين ولا بعده واما لزوم القيمة فلان تعلق الدين برقبة العبد يوجب
نقصانا فيه بسبب كان من جهة المولى وهو الاذن بالتجارة فتلزمه قيمته
حتى لو رضي ولي الجناية بقبوله مع النقصان لا شي على المولى ثم جميع ما يصير
المولى به مختارا للفدا مما ذكرنا اذا فعله وهو عالم بالجناية فان كان لم يعلم
لم يكن مختارا سوا كانت الجناية على النفس او على ما دون النفس لان الاختيار
هاهنا اختيار الايثار وانه لا يتحقق بدون العلم بما يختاره وهو الفدا عن
الجناية واختيار الفدا عن الجناية اختيار الايثار بدون العلم بالجناية محال
ثم الجناية ان كانت على النفس فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدية وان
كانت على ما دون النفس فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت
الدفع المستحق من غير اختيار الفدا فيضمن القيمة ولو باعه بيعا باتا وهو
لا يعلم بالجناية فلم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه بعيب بقضا القاضي او
بخيار روية او شرط يقال له ادفع او افد لانه اذا لم يعلم بالجناية لم
يصر مختارا لما بينا فعليه الفدا لانه اذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار م ولو كان بعد العلم م
مختارا للفدا لتعذر الدفع لزوال ملكه بالبيع فلا يعود بالرد وهذا مشكل
لان الرد بهذه الاسباب فسخ للعقد من الاصل وسيتضح المعنى فيه ان شا
الله تعالى ولو قطع العبد يد انسان او جرحه جراحة فخير فيه فاختار ر
الدفع ثم مات من ذلك فالدفع على حاله لا يبطل لان وجوب الدفع لا يختلف
بالقتل والقطع لانه يدفع في الحالين جميعا وان اختار الفدا ثم مات يبطل
الاختيار ثم يخير ثانيا عند محمد استحسانا وهو قول ابي يوسف الاول
والقياس ان لا يبطل وعليه الدية وهو قول ابي يوسف الاخير ولم يذكر
في ظاهر الرواية قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قوله مثل قول محمد
ولو كان اختيار الفدا بالاعتاق بان اعتق العبد للحال صار مختارا للفدا ثم مات
المجني عليه لا يبطل الاختيار ويلزمه جميع الدية قياسا واستحسانا
وجه القياس ان المولى لما اختار الفدا عن اصل الجناية فقد صح اختياره
ولزمه موجبها وبالسراية لم يتغير اصل الجناية وانما تغير وصفها والوصف
تبع للاصل فكان اختيار الفدا عن المتبوع اختيارا عن التابع وجه
الاستحسان ان اختيار الفدا عن القطع ولما سرى الى النفس ومات فقد صار

قتلا وهما متغايران فاختيار الفدا عن احدهما لا يكون اختيارا عن الاخر فيتخير
اختيارا مستقبلا بخلاف ما اذا كان الاختيار بالاعتاق لان اقدامه على الاعتاق
مع علمه انه ربما يسري الى النفس فيلزمه كل الدية ولا يمكنه الدفع بعد الاعتاق
دلالة اختيار الكل والرضى به وهذا المعنى لم يوجد هاهنا لانه لم يرض
بالزيادة على ما كان ثابتا وقت الاختيار والعبد للحال محل الدفع والله اعلم
واما صفة الفدا الواجب عند الاختيار فهي انها تجب في ماله حالا لا مؤجلا
لان الحكم الاصلي لهذه الجناية هو وجوب الدفع والفدا كالخلف عنه فيكون
على نعت الاصل ثم الدفع يجب حالا في ماله لا مؤجلا فكذلك الفدا والله اعلم
هذا اذا كان العبد القاتل قنا فان كان مدبرا فجنايته على مولاه اذا ظهرت
فيقع الكلام في مواضع في بيان ما يظهر به جنايته وفي بيان اصل من عليه
وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته اما الاول فجنايته تظهر بما
يظهر به جناية القن وقد ذكرناه ولا تظهر باقراره حتى لا يلزم المولى
شي ولا يتبع المدبر بعد العتاق لجناية القن لان هذا اقرار على المولى فلا يصح
واما بيان اصل الواجب بهذه الجناية فاصل الواجب بها قيمة المدبر على
المولى لاجماع الصحابة لانه روي عن عمر وابي عبيدة ابن الجراح انهما
قضيا بجناية المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه
انكر عليهما احد منهم فيكون اجماعا من الصحابة رضي الله عنهم والقياس يترك
بمقابلة الاجماع ولان الاصل في جناية العبد هو وجوب الدفع على المولى
وبالتدبير منع من الدفع من غير اختيار الفدا والمنع من الدفع من غير اختيار
الفدا يوجب القيمة على المولى كما لو دبر القن وهو لا يعلم بالجناية واما
مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجناية الاقل من قيمته ومن الدية
لان الدية ان كانت هي الاقل فلا حق لولي الجناية في الزيادة وان كانت القيمة
اقل فلم يمنع المولى بالتدبير الا الرقبة فان كانت قيمته اقل من الدية فعليه
قدر قيمته لما قلنا ولا يخير بين قيمته وبين الدية لانه تخيير بين الاقل
والاكثر وانه خارج عن قضية الحكمة وان كانت قيمته اكثر من الدية او
مثل الدية فعليه قدر الدية وينقص منها عشرة دراهم لان قيمة العبد
في الجناية لا تزاد على دية الحر بل ينقص منها عشرة وسواء قلت جنايته او
كثرت لا يلزم المولى من جناياته اكثر من قيمة واحدة لان سبب الوجوب هو
المنع عند الجناية والمنع منع واحد فكان الواجب قيمة واحدة ولان القيمة

في

في جناية المدبر بمنزلة العين في جناية القن قلت جنايته او كثرت ولا يجب شي اخر
مع الدفع كذلك هاهنا وتقسم قيمته بين اولياء الجنايات على قدر جناياتهم
يستوي فيها الاول لان القسمة في دفع العين هكذا فكذلك في قيمة المدبر
وسواء قبض ما على المولى او لم يقبض يشتركون فيه فيتضاربون بقدر
حقوقهم وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير
وان كان سبب وجوب الضمان هو المنع وهو التدبير السابق لكن انما يصير
ذلك سببا عند وجود شرطه وهو الجناية فكانه انشا التدبير عندها وبيان
هذه الجملة في مسايل اذا مات المدبر بعد الجناية لم تبطل عن المولى القيمة لان
حكم جنايته تلزم مولاه فيستوي فيه بقا المدبر وهلاكه بخلاف القن
اذا جنى ثم هلك انه يبطل حكم الجناية اصلا لان حكم جنايته وجوب الدفع
وبالموت خرج عن احتمال الدفع ولو انتقصت قيمته بعد الجناية بان جنى وقيمته
الف ثم عمي لم يحط عن المولى شي وعليه قيمة تامة لان نقصانه هلاك جزء
منه ثم هلاك كله لا يسقط عنه شيا فكذا هلاك البعض ولو قتل انسانا ثم قتل
اخر لا يلزم المولى الا قيمة واحدة لما قلنا وكذلك لو جنى جنايات ثم اعتقه
المولى لم يلزمه الا قيمة واحدة لان سبب وجوب الضمان هو المنع وانه متحد
وكان وجود الاعتاق وعدمه بمنزلة واحدة ولو قتل انسانا خطا ثم قتل اخر
خطا ثم دفع المولى القيمة الى ولي القتيل الاول فالدفع لا يخلو اما ان كان بقضا
القاضي واما ان كان بغير قضا القاضي فان كان بقضا القاضي فلا سبيل
لولي القتيل الثاني على المولى لانه كان مجبورا في الدفع والمجبور معذور وله ان
يتبع ولي القتيل الاول بنصف القيمة لانه قبض نصف القيمة بغير حق
وان كانت الجنايتان مختلفتين بان كانت احداهما نفسا والاخرى ما دون
النفس فالثاني يتبع الاول بقدر حصته من القيمة وان كان الدفع بغير قضا
القاضي فولي القتيل الثاني بالخيار ان شا ضمن المولى نصف القيمة وان شا
ضمن ولي القتيل الاول لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان
المولى متعد في دفع العبد والقابض متعد في قبضه فان ضمن المولى فانه يرجع
على القابض وان ضمن القابض لا يرجع على المولى ولو قتل انسانا خطا
فدفع القيمة الى ولي القتيل ثم قتل اخر خطا فهذا والاول سوا في قول ابي حنيفة
والامر فيه على التفصيل الذي ذكرنا وعند ابي يوسف ومحمد ليس لولي القتيل
الثاني ان يضمن المولى وله ان يضمن ولي القتيل الاول سوا كان الدفع بقضا

او بغير قضا فهما فرقا بين الفصلين وابو حنيفة رحمه الله جمع بينهما وجه الفرق
لهما ان المولى هاهنا ليس بمتعد في الدفع في حق ولي القتيل الثاني لان الجناية الثانية
كانت معدومة وقت الدفع فلا سبيل الى تضمينه وفي الفصل الاول كانت الجنايتان
موجودتين وقت الدفع فكان الدفع منه الى الاول تعديا فضمن وجه قول
ابي حنيفة ما ذكرنا ان سبب وجوب الضمان على المولى هو المنع والمنع منع واحد
في حق الاول والثاني جميعا فصار كان الجنايات كلها موجودة وقت الدفع فيصير
المولى متعديا في الدفع فكان له تضمينه بخلاف ما اذا كان الدفع بقضا لان قضا
القاضي صيره مجبورا في الدفع هذا اذا كانت قيمته وقت الجنايتين على السوا فاما
اذا كانت مختلفة بان قتل رجلا وقيمته الف ثم ازدادت قيمته فصارت
الفين ثم قتل اخر يضمن المولى لولي القتيل الثاني الفا اخر ولاحق لولي القتيل
الاول في الزيادة لانها لم تكن موجودة وقت الجناية على الاول فيسلم الزيادة
الى الثاني ويقسم تلك القيمة وهي الالف بين اوليا الاول والثاني يتضاربون
بينها فيضرب الاول فيها بعشرة الاف والثاني بتسعة الاف لانه قد وصل
اليه الف من عشرة الاف فكانت قسمة تلك الالف على تسعة عشر سهما عشرة
اسهم للاول وتسعة اسهم للثاني ولو كانت قيمته وقت قتل الاول الفين ووقت
قتل الثاني الفا لا يضمن المولى شيا والف يكون لولي القتيل الاول سالما والالف
للاخر يقسم بينها على تسعة عشر سهما عشرة لولي القتيل الثاني وتسعة اسهم ٢ اسهم ٣
لولي القتيل الاول ولو قتل انسانا وقيمته الف ثم ازدادت قيمته فصارت الفا
وخمسمايه ثم قتل اخر فزيادة الخمسماية سالمة لولي القتيل الثاني لاحق فيها لولي
القتيل الاول لانها لم تكن موجودة وقت الجناية الاولى والالف يكون بين وليي
القتيلين يتضاربون فيها فيضرب ولي القتيل الاول بتمام الدية عشرة
الاف والثاني بتسعة الاف وخمسماية لانه وصل اليه خمسماية من عشرة
الاف فكانت قسمة الالف بينهما على تسعة وثلاثين سهما لانا نجعل كل خمسماية
سهما تسعة عشر لولي القتيل الثاني وعشرون لولي القتيل الاول والله اعلم
واما صفة الواجب بهذه الجناية فهي انها تجب في مال المولى حالا لانه ضمان
المنع من الدفع من غير اختيار الفدا وانه يوجب القيمة في مال المولى حالا كالمدبر
العبد الجاني وهو لا يعلم بالجناية وهذا لان ضمان المنع كالخلف عن ضمان الدفع والدفع ملح
يجب من ماله حالا كذا هنا والله الموفق وان كان القاتل ام ولد فام الولد في جميع
ما وصفنا والمدبر سوا الا ان الواجب في جنايتهما ضمان المنع ايضا الا ان جهة المنع مختلف

فالمنع في ام الولد بالاستيلاد وفي المدبر بالتدبير لذلك استويا في حكم الجناية
والله اعلم ثم ان كان القاتل مكاتبا فقتل اجنبيا خطا فجنايته على نفسه
اذا ظهرت لا على مولاه فيقع الكلام فيما تظهر به جنايته وفي بيان اصل الواجب
ومن عليه وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان قدر الواجب وفي بيان صفته
اما الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن والمدبر وام الولد وتظهر
ايضا باقراره بالجناية بخلاف جنايتهم لان ذلك اقرار على المولى فلم يصح اصلا
واقرار المكاتب على نفسه لانه احق بكسبه من المولى فيجوز اقراره وكذا يجوز
صلحه من الجناية على مال لانه صلح عن حق ثابت له ظاهرا ولو اقر او صالح
ثم عجز فحكمه يذكر بعد هذا ان شا الله تعالى واما اصل الواجب بجنايته ومن
عليه الواجب فالواجب هو قيمة نفسه عليه لا على مولاه لان كسب المكاتب
لنفسه لا لمولاه وكان موجب جنايته عليه لا على مولاه ليكون الخراج بالضمان بخلاف
القن والمدبر وام الولد واما كيفية الوجوب فقد اختلف اصحابنا فيه قال م لان امتناع الدفع حصل بشي من قبله وهو قبوله الكتابة فكانت قيمته عليه بخلاف القن والمدبر وام الولد م
علماونا الثلاثة ان قيمته تصير دينا في ذمته على طريق القطع والبتات
وفايدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا جنى ثم عجز عقيب الجناية بلا فصل
انه يخاطب المولى بالدفع او الفدا عندنا وعنده يباع ويدفع ثمنه الى اوليا القتيل
وكذلك اذا جنى ثم جنى جناية اخرى عقيب الاولى بلا فصل لا يجب عليه
الا قيمة واحدة عندنا وعنده يجب عليه قيمة اخرى ولا خلاف في انه اذا
جنى جناية وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم جنى جناية اخرى انه يجب عليه
قيمة اخرى ووجه الفرق لاصحابنا الثلاثة ان القاضي لما قضى بالقيمة
في الجناية الاولى فقد صارت القيمة دينا في ذمته حتما من غير تردد
والجناية الثانية صادفت رقبة فارغة فيقضى بقيمة اخرى فاما قبل
قضا القاضي فالرقبة مشغولة بالاول والمشغول لا يشغل وجه
قول زفر ان الموجب للقيمة على المكاتب هو امتناع الدفع لحق ثبت
للمكاتب بعقد الكتابة لان امتناع الدفع اذا كان لحقه كانت القيمة عليه
اذ الخراج مع الضمان وهذا المعنى لا يوجب التوقف على قضا القاضي وغيره
ولنا ان الحكم الاصلي في جنايته هو وجوب الدفع وامتناعه هاهنا العارض العبد م
لم يقع الياس عن زواله وهو الكتابة لاحتمال العجز لانه ربما يعجز فيرد في
الرق فتبين ان الجناية صدرت من القن فلا يمكن قطع القول بصيرورة
قيمته دينا في ذمته الا من حيث الظاهر والامر في الحقيقة على التوقف وانما دمته

يرتفع التوقف باحدى معان اما باداء القيمة الى ولى القتيل لان الاداء كان واجبا عليه
فاذا ادى فقد وصل الحق الى المستحق فلا يسترد منه او بالعتق اما باداء بدل
الكتابة واما بالاعتاق المبتدا او بالموت عن وفاء او ولد لانه يعتق في اخر جزء
من اجزاء حياته واذا عتق يتقرر حقه في كسبه ويقع الياس عن الدفع فتتقرر
القيمة واذا ترك ولدا ولم يترك وفاء فعقد الكتابة يبقى ببقاء الولد فيسعى على نجوم
ابيه فيودي ويعتق ويعتق ابوه ويستند عتقه الى اخر جزء من اجزاء حياته
او بقضاء القاضي بالقيمة لانها كانت واجبة وتقرر الوجوب باتصال القضاء به
او بالصلح على القيمة لان الصلح بمنزلة القضاء هذا اذا ظهرت جنايته بالمعاينة
او بالبينة فاما اذا ظهرت باقراره فان كان قد ادى القيمة ثم عجز لم يبطل
اقراره ولا يسترد القيمة لانه وصل الحق الى المستحق فلا يسترد وكذا اذا لم
يود ولكنه عتق باداء بدل الكتابة او باعتاق مبتدا او بموت المكاتب عن
وفاء او ولد لما قلنا ولو لم يعتق ولكنه عجز فان كان عجزه قبل قضاء القاضي عليه
بالقيمة فاقراره باطل في حق المولى بالخلاف حتى لا يوخذ به للحال ولكنه
يتبع به بعد العتاق لانه لما عجز قبل القضاء فقد انفسخ العقد من الاصل
وعاد قنا كما كان فيصير كانه اقر على مولاه واقرار العبد على المولى باطل الا انه يتبع
بعد العتاق لان اقراره في حق نفسه صحيح وان كان بعد ما قضى القاضي عليه
بالقيمة بطل اقراره في حق المولى ولا يوخذ به للحال عند ابي حنيفة ويتبع
به بعد العتاق وعند ابي يوسف ومحمد لا يبطل اقراره في حق المولى
ويوخذ به للحال ويباع وجه قولهما ان القيمة قد وجبت عليه باقراره
من حيث الظاهر لصحة اقراره ظاهرا او بقضاء القاضي تقرر الوجوب
فلا يحتمل البطلان بالعجز كما لو اقر بدين لانسان ثم عجز ولابي حنيفة ان
صحة اقراره من حيث الظاهر لمكان الكتابة لان الداخل تحت الكتابة
ما كان من التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة وانما كانت لكونه احق بكسبه
من المولى فاذا عجز فقد صار المولى احق باكسابه فبطل اقراره ولو كان مكان
الاقرار صلح بان جنى المكاتب جناية خطا فصالح منها على مال جاز صلحه
على ما ذكرنا ثم ان كان قد ادى بدل الصلح الى ولى الجناية او كان لم يود اليه
ولكنه عتق باي طريق كان فقد تقرر الصلح ولا يبطل وان كان لم يود بدل
الصلح ولا عتق حتى عجز بطل المال عنه في قول ابي حنيفة رحمه الله ويخاطب
المولى بالدفع او الفدا وعندهما لا يبطل ويصير دينا عليه وعلى هذا الخلاف

اذا قتل المكاتب انسانا عمدا ثم صالح من دم العمد على مال ثم عجز قبل اداء بدل
الصلح انه يبطل الصلح ولا يوخذ للحال عند ابي حنيفة وعندهما لا يبطل
ويوخذ للحال ولو كان ولي القتيل اثنين فصالح المكاتب احدهما دون
الاخر سقط القصاص عنه وعليه ان يودي الى من صالحه ما صالح عليه
وينقلب نصيب الاخر مالا فيغرم المكاتب له الاقل من نصف قيمته ومن
نصف الدية لان الواجب عليه في كل الجناية الاقل من قيمته ومن الدية
فالواجب في نصفها الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية اعتبارا للنصف
بالكل فان عجز قبل الاداء فنصيب المصالح لا يوخذ للحال وانما يوخذ
بعد العتاق واما نصيب الاخر فيقال للمولى ادفع نصف العبد او افد
بنصف الدية على قول ابي حنيفة لان الصلح قد بطل عنده وعلى قولهما
يدفع نصف العبد او يفدي بنصف الدية والنصف الاخر يباع في حصة
المصالح او يقضي عنه المولى واما القن اذا قتل رجلا عمدا وله وليان
فصالح العبد احدهما ينقلب نصيب الاخر مالا ونصيب المصالح يوخذ بعد
العتاق بلا خلاف واما غير المصالح فيخاطب المولى بدفع نصف العبد
اليه او الفدا بنصف الدية ولو مات المكاتب قبل ان يوخذ شي من ذلك ولم
يترك شيا اصلا او لم يترك وفاء بالكتابة بطلت الجناية لانه اذا مات عاجزا
فقد مات قنا والقن اذا جنى جناية ثم مات تبطل الجناية اصلا وراسا
وما تركه يكون للمولى لانه اذا مات عبدا كان المتروك مال المولى فيكون له
ولو مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وكتابة يبدا بدين الاجنبي لان
دين المولى دين ضعيف اذ لا يجب للمولى على عبده دين فكانت البداية
بالاقوى اولى وحكى عن قتادة قال قلت لسعيد بن المسيب ان شريحا
يقول الاجنبي والمولى يتحاصان فقال سعيد اخطا شريح وان كان
قاضيا قضاء زيد بن ثابت اولى وكان زيد يقول يبدا بدين الاجنبي والظاهر
انه كان لا يخفى قضاؤه على الصحابة ولم يعرف له مخالف فيكون اجماعا
ولو مات المكاتب وترك وفاء بالكتابة وجناية فالجناية اولى لانها اقوى
ولو مات وترك مالا وعليه دين وجناية وكتابة فان كان قضى عليه بالجناية
فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان الجناية اذا قضى بها صارت دينا
فهما دينان فلا يكون احدهما بالبداية اولى من صاحبه وان لم يقض عليه
بالجناية يبدا بالدين لانه متعلق بذمته ودين الجناية لم يتعلق بذمته بعد

فكان الاول اكد واقوى ويبدا به ويقضي الدين منه ثم ينظر الى ما بقي فان كان به
وفا فصاحب الجناية اولى فيبدا به وان لم يكن وفا بالكتابة فما بقي يكون للمولى بالكتابة صح
لانه يموت قنا على ما بينا وهذا بخلاف ما قبل الموت ان المكاتب يبدا باي
الديون شا ان شا بدين الاجنبي وان شا بارش الجناية وان شا بمال الكتابة لانه
يودي من كسبه والتدبير في اكسابه اليه فكان له ان يبدا باي ديونه شا وعلى
هذا قالوا في المكاتب اذا مات وترك ولدا ان الولد يبدا من كسبه باي الديون
شا لانه قام مقام المكاتب فتدبير كسبه اليه بخلاف ما اذا مات ولم يترك
ولدا كان الامر الى القاضي فيبدا بالاولى فالاولى والله اعلم ولو اختلف المولى
وولي الجناية في قيمته وقت الجناية فالقول قول المكاتب في قول ابن يوسف
الاخير وهو قول محمد وفي قوله الاول ينظر الى قيمته للحال لان الحال يصلح يوسف صح
حكما في الماضي فيحكم وجه قوله الاخير ان ولي الجناية يدعي عليه زيادة الضمان
وهو ينكر فكان القول قوله والله اعلم واما قدر الواجب بجنايته فهو الاقل
من قيمته ومن الدية لان الارش ان كان اقل فلا حق لولي الجناية في الزيادة وان
كانت القيمة اقل فلم يوجد من المكاتب منع الزيادة فلا تلزمه الزيادة وان
كانت قيمته اقل من الدية وجبت قيمته ولا يخير وان كانت اكثر من الدية
او قدر الدية ينقص من الدية عشرة دراهم لان العبد لا يتقوم في الجناية
باكثر من هذا القدر سوا كانت الجناية منه او عليه وتعتبر قيمته يوم الجناية
لان القيمة كالبدل عن الدفع والدفع يجب عند الجناية وكذا المنع بالكتابة
السابقة بحق المكاتب انما يصير سببا عند وجود الجناية فيعتبر الحكم
وهو وجوب القيمة عند وجود الجناية واما صفة الواجب فهي انه
تجب عليه حالا لا على العاقلة موجلا لان الحكم الاصلي في جناية العبد
هو الدفع وهذا كالخلف عنه والدفع يجب عليه حالا لا موجلا فكذا الخلف
والله اعلم هذا اذا كان المقتول اجنبيا فاما اذا كان مولى القاتل فالقاتل
لا يخلو اما ان كان قنا واما ان كان مدبرا واما ان كان ام ولد واما ان كان
مكاتبا فان كان قنا فقتل مولاه خطا فجنايته هدر لان المولى لا يجب له على
عبده دين وان قتله عمدا فعليه القصاص لما مر ولو قتله عمدا وله وليان
فعفا احدهما حتى سقط القصاص بطلت الجناية ولا يجب للذي لم يعف
شي في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقال للذي عفا اما ان
تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد الى الذي لم يعف او تفديه بربع

الدية

الدية وجه قوله ان القصاص كان مشتركا بينهما لكل واحد منهما النصف
فاذا عفا احدهما فقد اسقط نصف القصاص وانقلب نصيب صاحبه وهو
النصف مالا شايعا في النصفين نصفه وهو الربع في نصيبه ونصفه في
نصيب الشريك الاخر فما كان في نصيبه يسقط وما كان في نصيب
الشريك يثبت وجه قولهما ان الدية اما ان تجب حقا للمولى والوارث
يقوم مقامه في استيفا حق وجب له واما ان تجب حقا للورثة بانتقال
الملك اليهم بطريق الوراثة وكيف ما كان فالمولى لا يجب له على عبده
شي دين وان كان مدبرا فقتل مولاه خطا فجنايته هدر وعليه السعاية
في قيمته لانه لو وجبت الدية لوجبت على المولى لانه لو جنى على اجنبي لوجبت
الدية عليه فهاهنا اولى ولا سبيل الى الايجاب له وعليه الا انه يسعى
في قيمة نفسه لان العتق يثبت بطريق الوصية الا ترى انه يعتبر
من الثلث والوصية لا تسلم للقاتل الا ان العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ
فوجب عليه قيمة نفسه ولو قتله عمدا فعليه القصاص ويسعى في قيمته
لما قلنا وورثته بالخيار ان شاوا عجلوا استيفا القصاص وبطلت السعاية
وان شاوا استوفوا السعاية ثم قتلوه قصاصا لانهما حقان ثبتا لهم واختيار
السعاية لا يكون مسقطا للقصاص لان السعاية ليست بعوض عن
المقتول بل هي بدل عن الرق ولو كان للمولى وليان فعفا احدهما ينقلب
نصيب الاخر مالا بخلاف القن لان هناك لا يمكن ايجاب الضمان لانه لو
وجب لوجب للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وهاهنا
يمكن لان المدبر يعتق بموت سيده فيسعى وهو حر فلم يكن ايجاب
الدية عليه ايجاب الدين للمولى على عبده فهو الفرق وان كان ام ولد
فقتلت مولاها خطا او عمدا فحكمها حكم المدبر وانما يختلفان في
السعاية فام الولد لا سعاية عليها والمدبر يسعى في قيمته لان العتق هناك
يثبت بطريق الوصية وعتق ام الولد ليس بوصية حتى لا يعتبر من
الثلث ولو قتلت ام الولد مولاها عمدا وله ابنان من غيرها فعفا احدهما
سعت في نصف قيمتها للذي لم يعف لان القصاص قد سقط بعفو احدهما
وانقلب نصيب الاخر مالا وانما وجب عليها السعاية في نصف قيمتها لا في
نصف الدية وان كانت هي حرة وقت وجوب السعاية لانها عتقت
بموت سيدها وتسعى وهي حرة لانها كانت مملوكة وقت الجناية فيجب

اعتبار حال وجود الجناية وحال وجوب السعاية ولو كانت مملوكة في الحالين بان قتلت اجنبيا خطا لوجبت القيمة وكانت علي المولى لا عليها فان كانت مملوكة حال الجناية حرة حال السعاية اعتبرنا الحالين فاوجبنا نصف القيمة اعتبارا بحال وجود الجناية واوجبنا ذلك عليها لا علي المولى اعتبارا بحال وجوب السعاية اعتبارا للحالين بقدر الامكان ولو كان احد الابنين منها لا يجب القصاص عليها وسعت في جميع قيمتها اما عدم وجوب القصاص فلانه لو وجب لوجب مشتركا بينهما ولا يمكن الايجاب في نصيب ولدها اذ لا يجب للولد علي امه قصاص لتعذر الاستيفا احتراما للام واما لزوم السعاية فلان القصاص سقط للتعذر في القيمة فتسعى في جميع قيمتها ويكون بينهما وان كان مكاتبا فقتل مولاه خطا فعليه الاقل من قيمته او الدية لان جناية المكاتب علي مولاه لازمة كجناية مولاه عليه لانه فيما يرجع الي اكسابه واروشجنايته كالاجنبي لانه احق باكسابه من المولى وتجب القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب علي المولى بجناية مدبره وان كان عمدا فعليه القصاص والله اعلم هذا اذا كان القاتل والمقتول حرين او كان القاتل حرا والمقتول عبدا او كان القاتل عبدا والمقتول حرا فاما اذا كانا عبدين بان قتل عبد عبدا خطا فالمقتول لا يخلوا اما ان كان عبد الاجنبي واما ان كان عبد المولى فان كان عبد الاجنبي فان كان القاتل قنا يخاطب المولى بالدفع او الفدا سوا كان المقتول قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا وهذا وما اذا كان المقتول حرا اجنبيا سوا الا ان هناك يخاطب المولى بالدفع او الفدا بالقيمة وان كان القاتل مدبرا او ام ولد فعلى المولى قيمة المدبر او ام الولد سوا كان المقتول قنا او مدبرا او مكاتبا كما اذا كان المقتول حرا اجنبيا وان كان القاتل مكاتبا فعليه قيمة نفسه سوا كان المقتول قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا كما اذا كان المقتول حرا اجنبيا اذا كان القاتل المقتول عبد الاجنبي فان كان عبد المولى القاتل فجناية القاتل عليه هدر ان كان القاتل قنا او مدبرا او ام ولد سوا كان المقتول قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا وان كان القاتل مكاتبا فجنايته عليهم لازمة كائنا من كان المقتول لما ذكرنا فيما تقدم هذا اذا قتل عبد عبدا خطا فان قتله عمدا فعليه القصاص كائنا من كان المقتول والله الموفق واما القتل الذي هو في معنى القتل الخطا فنوعان نوع هو في معناه من كل

وجه

الحالين م

ولا تعذر م

القاتل م

بالدية وههنا يخاطب بالدفع او الفداء م

وهذا م

بلغ

35

دون وجه

وجه وهو ان يكون علي طريق المباشرة ونوع هو في معناه من وجه وهو ان يكون من طريق التسبيب اما الاول فنحو النايم ينقلب علي انسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطا من كل وجه لوجوده لا عن قصد لانه مات بثقله فتترتب عليه احكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية لانه اذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الاحكام هناك ورودا ههنا دلالة وكذلك لو سقط انسان من سطح علي قاعد فقتله اما وجوب الدية فلوجود معنى الخطا وهو عدم القصد واما وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لانه مات بثقله سوا كان القاعد في طريق العامة او في ملك نفسه ولو مات الساقط دون القاعد ينظر ان كان القاعد في ملك نفسه او في موضع لا يكون قعوده فيه جناية لا شي علي القاعد لانه ليس بمتعد في القعود فما تولد منه لا يكون مضمونا عليه ويهدر دم الساقط وان كان في موضع يكون قعوده فيه جناية فدية الساقط علي القاعد تتحملها العاقلة لانه متعد في القعود فالمتولد منه يكون مضمونا عليه كما في حفر البير ولا كفارة عليه لحصول القتل بطريق التسبيب كما في حفر البير وكذلك اذا كان يمشي في الطريق حاملا سيفا او حجرا او لبنة او خشبة فسقط من يده علي انسان فقتله لوجود معنى الخطا فيه وحصوله علي سبيل المباشرة لوصول الالة بشرة المقتول ولو كان لابسا سيفا فسقط علي غيره فقتله او سقط عنه ثوبه او رداوه او طيلسانه او عمامته وهو لابسه علي انسان فتعقل به فتلف لا ضمان عليه اصلا لان في اللبس ضرورة اذ الناس يحتاجون الي لبس هذه والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمين ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن ايضا وان كان الذي لبسه مما لا يلبس عادة فهو ضامن وكذلك الراكب اذا كان يسير في طريق العامة فوطيت دابته رجلا بيدها او رجلها لوجود معنى الخطا في هذا القتل وحصوله علي سبيل المباشرة لان ثقل الراكب علي الدابة والدابة الة له فكان القتل الحاصل بثقلهما مضافا الي الراكب فكان قتلا مباشرة ولو كدمت او صدمت او خبطت فهو ضامن الا انه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية

[illegible]

يقرب

لان فعل السوق والقود يضرب الدابة من القتل وكان قتلا تسببا لا مباشرة
والقتل تسببا لا مباشرة لا تتعلق به هذه الاحكام بخلاف الراكب لانه قاتل
مباشرة على ما بينا والرديف والراكب سوا وعليهما الكفارة ويحرمان
الميراث والوصية لان ثقلهما على الدابة والدابة آلة لهما فكانا قاتلين على
طريق المباشرة ولو نفحت الدابة برجلها او بذنبها وهو يسير فلا ضمان
في ذلك على راكب ولا سايق ولا قايد والاصل ان السير والسوق والقود
في طريق العامة ماذون فيه بشرط سلامة العاقبة فما لم تسلم عاقبته
لم يكن ماذونا فيه فالمتولد منه يكون مضمونا الا اذا كان مما لا يمكن الاحتراز
عنه بسد باب الاستطراق على العامة ولا سبيل اليه والوطي والكدم والصدم
والخبط في السير والسوق والقود مما لا يمكن الاحتراز عنه بحفظ الدابة
وذود الناس والنفح مما لا يمكن التحرز عنه وكذا البول والروث واللعاب
فيسقط اعتباره والتحق بالعدم وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال الرجل جبار اي نفحها ولهذا سقط اعتبار ما ثار من الغبار من مشي
الماشي حتى لو افسد متاعا لم يضمن وكذا ما اثارت الدابة بسنابكها
من الغبار او الحصا الصغار لا ضمان فيه لما قلنا كذا هذا واما الحصا الكبار
فيجب الضمان فيه لانه يمكن التحرز عن اثارتها اذ لا يكون ذلك الا بتعنيف
في السوق ولو كبح الدابة باللجام فنفحت برجلها او بيدها فهو هدر
لعموم البلوى به ولو وقف الدابة في الطريق فقتلت انسانا فان كان ذلك
في غير ملكه كطريق العامة فهو ضامن لذلك كله سوا وطيت بيدها
او برجلها او كدمت او صدمت او خبطت بيدها او نفحت برجلها او
ذنبها او عطب شي بروثها او بولها او لعابها كل ذلك مضمون عليه وسوا
كان راكبا او لا لان روث الدابة في طريق العامة ليس بماذون فيه شرعا
انما الماذون فيه هو المرور لا غير اذا الناس يتضررون بالوقوف
ولا ضرورة فيه فكان الوقوف فيه تعديا من غير ضرورة فما تولد منه
يكون مضمونا عليه سوا كان مما يمكن التحرز عنه او لا يمكن غير انه ان كان
راكبا فعليه الكفارة في الوطي باليد والرجل لكونه قاتلا من طريق
المباشرة وان لم يكن راكبا لا كفارة عليه لوجود القتل منه تسببا لا مباشرة
وكذلك لو وقف دابته على باب المسجد فهو مثل وقفه في الطريق لانه
متعدي في الوقف الا ان يكون الامام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفا

36

يقفون فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيما اذا اصابت في وقوفها لان للامام ان
يفعل ذلك اذا لم يتضرر الناس به فلم يكن متعديا في الوقف فاشبه الوقف
في ملك نفسه الا اذا كان راكبا فوطيت دابته انسانا فقتلته لان ذلك
قتل بطريق المباشرة فيستوي في المواضع كلها الا ترى لو كان في ملكه يضمن
ولذلك لو وقف دابته في موضع اذن الامام بالوقف فيه كما في سوق
الخيل والبغال لما قلنا وكذلك اذا وقف دابة في الفلاة لان الوقف في
الفلاة مباح لعدم الاضرار بالناس فلم يكن متعديا فيه وكذلك في طريق
ان كان وقف في المحجة لما ذكرنا وان وقف في المحجة فالوقف فيها
كالوقف في ساير الطرق العامة ولو كان سايرا في هذه المواضع التي اذن
الامام للناس بالوقف فيها او سايقا او قايدا فهو ضامن لان اثر الاذن
في سقوط ضمان الوقف لا في غيره لان اباحة الوقف فيها استفيد بالاذن
لانه لم يكن ثابتا قبله فاما اباحة السير والسوق والقود فلم يثبت
باذن الامام لانه كان ثابتا قبله فيبقى الامر فيها على ما كان قبل الاذن
وان كان الوقف او السير او القود في ملكه فلا ضمان عليه في شي مما ذكرنا
الا فيما وطيت دابته بيدها او برجلها وهو راكب لان هذه الافعال لا تقع
تعديا في الملك والتسبب اذا لم يكن تعديا لا يكون سببا لوجوب
الضمان فاما الوطي باليد والرجل في حالة السير او الوقف فهو قتل
مباشرة لا تسببا حتى تجب الكفارة لوجوب الضمان على كل حال سوا
كان في ملكه او في غير ملكه وسوا كان الذي لحقته الجناية ماذونا في الدخول
او غير ماذون لان التلف حصل بفعله مباشرة ومن دخل ملك غيره بغير
اذنه لا يباح اتلافه ولو ربط الدابة في غير ملكه فما دامت تجول في
رباطها اذا اصابت شيا بيدها او برجلها او راثت او بالت فعطب به
شي فذلك كله مضمون عليه لانه متعدي في الوقف في غير ملكه ولو
انفتح الرباط وذهبت من ذلك الموضع فما عطب به شي فهو هدر
لان معنى التعدي قد زال بزوالها عن موضع الوقف وان وقفها غير
غير مرتبطة فزالت عن موضعها بعد ما وقفها ثم جنت على انسان
او عطب بها شي فهو هدر لانها لما زالت عن موضع الوقف فقد زال
التعدي فكانها دخلت في هذا الموضع بنفسها وجنت ولو نفرت
الدابة من الرجل او انفلتت منه فما اصابت في فورها ذلك فلا ضمان

عليه لقوله صلى الله عليه وسلم العجماء جبار اي البهيمة جرحها جبار ولانه
لا صنع له في نفارها وانفلاتها ولا يمكنه الاحتراز من فعلها فالمتولد منه
لا يكون مضمونا عليه ولو ارسل دابته فما اصابت من فورها ضمن لان
سيرها في فورها مضاف الى ارساله فكان متعديا في الارسال فصار
كالدافع لها او السايق فان عطفت يمينا وشمالا ثم اصابت فان لم
يكن لها طريق الا ذلك فذلك مضمون على المرسل لانها باقية على حكم
الارسال وان كان لها طريق اخر لا يضمن لانها عطفت باختيارها
فينقطع حكم الارسال وصارت كالمنفلتة ولو ارسل طيرا فاصاب شيا
في فوره ذلك لا يضمن ذلك بالاجماع ذكره في الزيادات فيمن ارسل
بازيا في الحرم فاتلف ظبية الحرم انه لا يضمن لانه يفعل باختياره وفعله
جبار ولو اغرى كلبا حتى عقر رجلا فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة
كما لو ارسل طيرا وعند ابي يوسف يضمن كما لو ارسل بهيمة وعن محمد ان
كان سايقا له او قايدا يضمن وان لم يكن سايقا له ولا قايدا لم يضمن
في قول وبه اخذ الطحاوي وجه قول محمد ان العقر فعل الكلب
باختياره فالاصل هو الاقتصار عليه وفعله جبار الا انه بالسوق او القود
يصير مغريا اياه الى الاتلاف فيصير سببا للتلف فاشبه سوق الدابة
وقودها وجه قول ابي يوسف ان اغراء الكلب بمنزلة ارسال البهيمة
والمصاب على فور الارسال مضمون على المرسل فكذا هذا ولابي حنيفة
ان الكلب يعقر باختياره والاغراء للتحريض وفعله جبار ولو دخل
دار غيره فعقره كلبه لا يضمن سواء دخل داره باذنه او بغير اذنه لان
فعل الكلب جبار ولم يوجد من صاحبه التسبيب الى العقر اذ لم يوجد
منه الا الامساك في البيت وانه مباح قال الله تعالى مكلبين تعلمونهن
مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم ولو القى حية او عقربا في الطريق فلدغت
انسانا فضمانه على الملقي الا اذا عدلت عن ذلك الموضع الى موضع اخر لانه متعد في الالقاء
فلا يضمن لارتفاع التعدي بالعدول اذا اصطدم فارسان فماتا فدية
كل واحد منهما على عاقلة الاخر في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر
على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الاخر وهو قول الشافعي
وجه قول زفر ان كل واحد منهما مات بفعلين فعل نفسه وفعل
صاحبه وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه فيهدر ما حصل بفعل

نفسه

نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه فيلزم ان يكون على عاقلة كل واحد
منهما نصف دية الاخر كما لو جرح نفسه وجرحه اجنبي فمات ان على
الاجنبي نصف الدية لما قلنا كذا هذا ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه مثل أنه قال
مذهبنا ولان كل واحد منهما مات من صدم صاحبه اياه فيضمن صاحبه
كمن بنى حايطا في الطريق فصدم رجلا فمات ان الدية على صاحب
الحايط كذا هذا وبه تبين ان صدمة نفسه مع صدم صاحبه اياه غير
معتبر اذ لو اعتبر لما لزم باني الحايط على الطريق جميع الدية لان الرجل
قد مشى اليه وصدمه وكذلك حافر البير يلزمه جميع الدية وان كان
الماشي قد مشى اليها رجلان مدا حبلا حتى انقطع فسقط كل واحد
منهما فان سقطا على ظهرهما فماتا فلا ضمان فيه اصلا لان كل واحد
منهما لم يمت من فعل صاحبه اذ لو مات من فعل صاحبه لخر على وجهه
فلما سقط على قفاه علم انه سقط بفعل نفسه وهو مده فقد مات
كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على احد وان سقطا على وجهيهما
فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الاخر لانه لما خر على وجهه على ظهره والاخر
علم انه مات من جذبه وان سقط احدهما على وجهه فماتا جميعا فدية
الذي سقط على وجهه على عاقلة الاخر لانه مات بفعله وهو جذبه
ودية الذي سقط على ظهره هدر لانه مات من فعل نفسه ولو قطع
قاطع الحبل فسقطا جميعا فماتا فالضمان على القاطع لانه سبب في
اتلافهما والاتلاف تسببا يوجب الضمان كحفر البير ونحو ذلك
صبي في يد ابيه جذبه رجل من يده والاب يمسكه حتى مات
فديته على الذي جذبه ويرثه ابوه لان الاب محق في الامساك
والجاذب متعد في الجذب فالضمان عليه ولو تجاذب رجلان صبيا
واحدهما يدعي انه ابنه والاخر يدعي انه عبده فمات من
جذبهما فعلى الذي يدعي انه عبده ديته لانه متعد في الجذب لان
المتنازعين في الصبي اذا زعم احدهما انه ابوه فهو اولى به من
الذي يدعي انه عبده فكان امساكه بحق وجذب الاخر بغير حق
فيضمن رجل في يده ثوب تشبث به رجل فجذبه صاحب
الثوب من يده فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان صاحب حق م
الثوب في دفع الممسك وعليه دفعه بغير جذب فاذا جذب فقد

رجل عض ذراع آخر

حصل التلف من فعلهما فانقسم الضمان بينهما رجل عض ذراع رجل فجذب
المعضوض ذراعه من فيه فسقطت اسنان العاض وذهب لحم ذراع هذا
تهدر دية الاسنان ويضمن العاض ارش الذراع لان العاض متعد في العض
والجاذب غير متعد في الجذب لان العض ضرر وله ان يدفع الضرر عن نفسه
رجل جلس الى جنب رجل فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب
فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه يضمن الجالس نصف ذلك لان التلف
حصل من الجلوسين والجالس متعد في الجلوس اذ لم يكن له ان يجلس عليه
وكان التلف حاصلا من فعليهما فينقسم الضمان عليهما رجل اخذ بيد انسان
فصافحه فجذب يده من يده فمات فلا شي عليه لان الآخذ غير متعد
في الاخذ للمصافحة بل هو مقيم سنة وانما الجاذب هو الذي تعدى على نفسه
حيث جذب يده لا لدفع ضرر من الآخذ وان كان اخذ يده ليعصرها
فاذاه فمد يده ضمن الآخذ ديته لانه هو المتعدي وانما صاحب اليد
دفع الضرر عن نفسه بالمد وله ذلك فكان الضمان على المتعدي فان
انكسرت يد الممسك وهو الآخذ بالجذب لم يضمن الجاذب لان التعدي
من الممسك فكان جانيا على نفسه فلا ضمان على غيره والله اعلم واما
الثاني فنحو جناية الحافر لان الحفر ليس بقتل حقيقة بل هو تسبيب الى
القتل الا ان التسبيب قد يلحق بالقتل اذا كان المسبب متعديا في
التسبيب والمسبب هاهنا ليس بمتعدي لان الحفر في المفازة مباح مطلق
فلا يلحق به فانعدم القتل حقيقة وتقديرا فلا يجب الضمان وان كان في
طريق المسلمين فوقع فيها انسان ومات فلا يخلوا اما ان مات بسبب
الوقوع واما ان مات غما او جوعا فان مات بسبب الوقوع فالحافر لا يخلوا اما
ان كان حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا يضمن الدية لان حفر البير على قارعة
الطريق سبب لوقوع المار فيها اذا لم يعلم وهو متعد في هذا التسبيب
فيضمن الدية وتتحمل عنه العاقلة لان التحمل في القتل الخطا المطلق للتخفيف
على القاتل نظرا له والقتل بهذا الطريق دون القتل الخطا فكانت الحاجة
الى التخفيف ابلغ ولا كفارة عليه لان وجوبها متعلق بالقتل مباشرة والحفر
ليس بقتل اصلا حقيقة الا انه الحق بالقتل في حق وجوب الدية فبقي في حق
وجوب الكفارة على الاصل ولان الكفارة في الخطا المطلق انما وجبت شكرا لنعمة
الحياة بالسلامة عند وجود سبب فوت السلامة وذلك بالقتل واذا لم

م والجاذب م

م فانقلب م

حقيقة

المفازة

يوجد

38

يوجد لم يجب الشكر ولذا لا يحرم الميراث ان كان وارثا للمجني عليه ولا الوصية
ان كان اجنبيا لان حرمان الميراث والوصية حكم متعلق بالقتل قال النبي صلى الله عليه
وسلم لا ميراث لقاتل وقال لا وصية لقاتل ولم يوجد القتل حقيقة وان مات
غما او جوعا فقد اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة لا يضمن وقال محمد يضمن
وقال ابو يوسف ان مات غما يضمن وان مات جوعا لا يضمن وجه قول
محمد ان الضمان عند الموت بسبب السقوط انما وجب لكون الحفر تسبيبا
الى الهلاك ومعنى التسبيب موجود هاهنا لان الوقوع سبب الغم والجوع لان
البير تاخذ نفسه واذا طال مكثه يلحقه الجوع والوقوع بسبب الحفر
فكان مضافا اليه كما اذا حبسه في موضع حتى مات وجه قول ابي يوسف
ان الغم من اثار الوقوع فكان مضافا الى الحفر فاما الجوع فليس من اثاره فلا يضاف
الى الحفر ولابي حنيفة رحمه الله انه لا صنع للحافر في الغم ولا في الجوع حقيقة
لانهما يحدثان بخلق الله تعالى لا صنع للعبد فيهما اصلا لا مباشرة ولا تسبيبا
اما المباشرة فلا شك في انتفائها واما التسبيب فلان الحفر ليس بسبب
للجوع لا شك فيه لانه لا ينشا منه بل من سبب اخر والغم ليس من لوازم البير
فانها قد تغم وقد لا تغم فلا يضاف ذلك الى الحفر وان اصابته جناية فيما دون
النفس يضمنها على الحافر لانها حصلت بسبب الوقوع والوقوع بسبب
الحفر ثم ان بلغ القدر الذي تتحمله العاقلة تحمل عليهم والا فيكون في
ماله وكذا اذا كان الواقع غير بني ادم لان ضمان المال لا تتحمله العاقلة
كما تتحمل سائر الديون ثم جنايات الحفر وان كثرت من الحر يجب عليه
لكل جناية ارشها ولا يسقط شي من ذلك بشي منه ولا يشترك المجني عليهم
فيما يجب لكل واحد منهم لانه بالحفر جنى على كل واحد منهم يجنايه
فيواخذ بكل واحد من الجنايات يجنايها هذا هو الاصل وان كان
الحافر عبدا فان كان قنا فجنايته بالحفر بمنزلة جنايته بيده وقد
ذكرنا حكم ذلك فيما تقدم وهو ان يخاطب المولى بالدفع او الفدا قلت
جنايته او كثرت غير انه ان كان المجني عليه واحدا يدفع اليه او يفدى
وان كانوا جماعة يدفع اليهم او يفدى بجميع الاروش لان جنايات القن
في رقبته يقال للمولى ادفع او افد والرقبة تتضايق عن الحقوق فيتضا
في الرقبة والواجب بجناية الحر يتعلق بذمة العاقلة والذمة لا تتضايق
عن الحقوق فان وقع فيها واحد فمات فدفعه المولى الى ولي جنايته

لاهم

ربوب

يق

ثم وقع اخر لا يشارك الاول في الرقبة المدفوع عنه وكذلك الثالث والرابع
فكل ما يحدث من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول
في رقبة العبد وكل واحد منهم يضرب بقدر جنايته لان المولى بالدفع
الى الاول خرج عن عهدة الجناية لانه فعل ما وجب عليه فخرج عن عهدة
الواجب ثم الجناية في حق الثاني والثالث حصلت بسبب الحفر ايضا
والحكم فيها وجوب الدفع فكان الدفع الى الاول دفعا الى الثاني والثالث
لاستواء الكل في سبب الوجوب كانه دفعه الى الاول دفعة واحدة
ولو حفر ثم اعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقت الجنايات فذلك
على المولى في قيمته يوم عتق يشترك فيها اصحاب الجنايات التي كانت
قبل العتق وبعده يضرب فيه كل واحد بقدر ارش جنايته لان
جناية القن وان كثرت فالواجب فيها الدفع والمولى بالاعتاق فوت
الدفع من غير اختيار الفدا فتعتبر قيمته وقت الاعتاق لان فوات الدفع
حصل بالاعتاق فتعتبر قيمته يوم الاعتاق بخلاف المدبر انه لا تعتبر
قيمته يوم التدبير بل يوم الجناية وان كان فوات الدفع بالتدبير لكن
التدبير انما يصير سببا عند وجود شرطه وهو الجناية فتعتبر قيمته
يومئذ على ما بينا فيما تقدم وان كان الحافر مدبرا او ام ولد فعلى المولى
قيمة واحدة قلت الجناية او كثرت وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو
يوم الحفر ولا تعتبر زيادة القيمة ونقصانها لانه صار جانيا بسبب
الحفر عند الوقوع فتعتبر قيمته وقت الجناية كما اذا جنى بيده وان
كان مكاتبا فجنايته على نفسه لا على مولاه كما اذا جنى بيده وتعتبر قيمته
يوم الحفر لما بينا ولو حفر بيرا في الطريق فجاء انسان ودفع انسانا
والقاه فيها فالضمان على الدافع لا على الحافر لان الدافع قاتل مباشرة
ولو وضع رجل حجرا في قعر البير فسقط انسان فيها فالضمان على
الحافر مع الواضع ههنا كالدافع مع الحافر ولو جاء رجل فحفر من
اسفلها ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول لان ذكر الكرخي وذكر
محمد في الكتاب ينبغي في القياس ان يضمن الاول والاخر ... وبه ناخذ ولم
يذكر الاستحسان وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في الاستحسان
الضمان عليهما لاشتراكهما في الجناية وهي الحفر فيشتركان في الضمان
وجه القياس ان سبب الوقوع حصل من الاول وهو الحفر بازالة المسكة

والحفر

39

والحفر من الثاني بمنزلة نصب السكين او وضع الحجر في قعر البير وكان الاول
كالدافع فكان الضمان عليه ولو حفر رجل بيرا فجاء انسان ووسع راسها فوقع
فيها انسان فالضمان عليهما نصفان هكذا اطلق في الكتاب ولم يفصل وقيل
جواب الكتاب محمول على ما اذا وسع قليلا بحيث رجله في حفرهما فاما
اذا وسع كثيرا بحيث قدمه تقع في حفرهما كان الوقوع بسبب وجد منهما
وهو حفرهما فكان الضمان عليهما واذا كان كثيرا كان الوقوع بسبب وجد
من الثاني فكان الضمان عليه ولو حفر بيرا ثم كبسها فجاء رجل واخرج ما
كبس فوقع فيها انسان فالكبس لا يخلو اما ان كان بالتراب والحجارة
واما ان كان بالحنطة والشعير فان كان بالاول فالضمان على الثاني وان
كان بالثاني فالضمان على الاول لان الكبس بالتراب والحجارة بعد طمّا
للبير والحاقًا له بالعدم فكان اخراج ذلك منها بمنزلة اخراج بير اخرى فاما
بالحنطة والشعير فلا يبقى اثره ولو حفر بيرا وسد الحافر راسها ثم جاء
انسان فنقضه فوقع فيها انسان فالضمان على الحافر لان اثر الحفر لم
ينعدم بالسد لكن السد صار مانعا من الوقوع والفاتح بالفتح ازال
المانع وزوال المانع شرط للوقوع والحكم يضاف الى السبب لا الى الشرط
ولو وضع رجل حجرا في الطريق فعثر عليه رجل فوقع في بير حفرها
اخر فالضمان على واضع الحجر لان الوقوع بسبب العثرة والتعثر بسبب
وضع الحجر والوضع تعد منه فكان التلف مضافا الى وضع الحجر فكان
الضمان على واضعه وان كان لم يضعه احد ولكنه حمل السيل فالضمان
على الحافر لانه لا يمكن ان يضاف الى الحجر لعدم التعدي منه فيضاف
الى الحافر لكونه متعديا في الحفر ولو اختلف الحافر وورثة الميت فقال
الحافر هو القى نفسه فيها متعمدا وقال الورثة بل وقع فيها فالقول
قول الحافر في قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف
الاول القول قول الورثة وجه قوله الاخر ان حاصل الاختلاف يرجع
الى وجوب الضمان فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر والقول
قول المنكر مع يمينه وما ذكر من الظاهر معارض بظاهر اخر وهو ان
الظاهر ان المار على الطريق الذي يمشي يرى البير فتعارض الظاهران
فبقي الضمان على اصل العدم ولو حفر بيرا في الطريق فوقع رجل فيها
فتعلق باخر وتعلق الثاني بالثالث فوقعوا فماتوا فهذا في الاصل لا يخلو

نسخة
نسخة
في حفر الثاني فالضمان على الثاني لا على الاول لان التوسيع اذا كان قليلا بحيث تقع قدمه صح
بعد الكبس بالتراب والحجارة ولك
ونحوهما فلم يعد ذلك طمًا بل يعد شغلًا لها الا ترى انه يحتاج الى الحفر بعد الكبس بالحنطة والشعير صح

عن احد وجهين اما ان عُلم حال موتهم بان خرجوا احيا فاخبروا عن حال موتهم
واما ان لم يُعلم فان عُلم ذلك فاما موت الاول فلا يخلوا عن سبعة اوجه
اما ان علم انه مات بوقوعه في البير خاصة واما ان علم انه مات بوقوع
الثاني عليه خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة واما
ان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه واما ان علم انه مات بوقوعه
في البير ووقوع الثاني عليه واما ان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع
الثاني والثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه في البير خاصة فالضمان
على الحافر لان الحافر هو القاتل تسبيبا وهو متعدي فيه فكان الضمان عليه
فان علم انه مات بوقوع الثاني عليه خاصة فدمه هدر لانه هو الذي قتل
نفسه حيث جره على نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر وان علم انه مات
بوقوع الثالث عليه خاصة فالضمان على الثاني لان الثاني هو الذي جر
الثالث على الاول حتى اوقعه عليه وان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث
عليه فنصفه هدر ونصفه على الثاني لان جره للثاني على نفسه هدر لانه
جناية على نفسه وجر الثاني والثالث عليه معتبر فيهدر النصف ويبقى
النصف وان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثاني عليه فالنصف
على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر والنصف هدر بجره الثاني على
نفسه وان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثاني والثالث
عليه فالثلث هدر والثلث على الحافر والثلث على الثاني لانه مات
بثلاث جنايات احداها هدر وهي جره الثاني على نفسه فبقيت جناية
الحافر وجناية الثاني بجره الثالث على الاول فيعتبر واما موت الثاني
فلا يخلوا من ثلاثة اوجه اما ان علم انه مات بوقوعه في البير خاصة واما
ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة واما ان علم انه مات بوقوعه
في البير ووقوع الثالث عليه فان علم انه مات بسقوطه في البير خاصة
فديته على الاول وليس على الحافر شي لان الاول هو الذي جره الى البير
فكان كالدافع وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فدمه هدر
لانه مات بفعل نفسه حيث جر الثالث على نفسه فيهدر دمه وان علم انه
مات بسقوطه في البير ووقوع الثالث عليه فالنصف هدر والنصف
على الاول لانه مات بسببين احدهما فعل نفسه وهو جره الثالث على
نفسه وجنايته على نفسه هدر والثاني فعل غيره وهو جر الاول وايقاعه

في

م واما ان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثالث عليه ٣

وان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني لانه هو الذي جر الثالث على الاول صح

في البير واما موت الثالث فله وجه واحد لا غير وهو سقوطه في البير
وديته على الثاني لانه هو الذي جره الى البير واوقعه فيه هذا كله اذا علم
حال وقوعهم فاما اذا لم يعلم فلا يخلوا اما ان وجد بعضهم على بعض واما
فالقياس هكذا ايضا وهو ان يكون دية الاول على الحافر ودية الثاني على
الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد رحمه الله وفي الاستحسان
دية الاول اثلاث ثلث على الحافر وثلث على الثاني وثلثه هدر ودية
الثاني نصفان نصف هدر ونصف على الاول ودية الثالث كلها
على الثاني ولم يذكر محمد رحمه الله في الاستحسان انه قوله من وجه
القياس انه وجد لموت كل واحد سبب ظاهر وهو الحفر للاول
والجر من الاول للثاني والجر من الثاني للثالث واضافة الاحكام الى
الاسباب الظاهرة اصل في الشريعة وجه الاستحسان انه اجتمع في
٤ الاول ثلاثة اسباب كل واحد منها صالح للموت وقوعه في البير ووقو[ع]
الثاني ووقوع الثالث عليه الا ان وقوع الثاني عليه حصل بجره اياه على
نفسه فيهدر الثلث ويبقى الثلثان ثلث على الحافر بحفره وثلث على
الثاني بجره الثالث على نفسه ووجد في الثاني سببان الحفر ووقوع
الثالث عليه الا ان وقوعه عليه حصل بجره فيهدر نصف الدية ويبقى
النصف على الحافر ولم يوجد في الثالث الا سبب واحد وهو جر الثاني
بلغ اياه الى البير والاصل في الاسباب اعتبارها ما امكن واعتبارها يقتضي
ان يكون الحكم ما ذكرنا والله اعلم ولو استاجر رجلا ليحفر له بيرا في الطريق
فحفر فوقع فيها انسان فان كانت البير في فنا المستاجر فالضمان عليه
لا على الاجير لان له ولاية الانتفاع بفنايه اذا لم يتضمن الضرر بالمارة
على اصلهما مطلقا وعلى اصل ابي حنيفة اذا لم يمنع منه مانع فانصرف
مطلق الامر بالحفر اليه فاذا حفر في فنايه انتقل فعل المامور اليه كانه
حفر بنفسه فوقع فيها انسان ولو كان كذلك وجب الضمان عليه كذا
هذا وان لم يكن في فنايه فان اعلم المستاجر الاجير ان ذلك ليس في فنايه
فالضمان على الاجير لا على الامر لان الاجير لم يحفر بامره فبقي فعله مقصورا
عليه كانه ابتدا الحفر من نفسه من غير امر فوقع فيها انسان وان لم يعلمه
فالضمان على الامر لانه غره بالامر بحفر البير في الطريق مطلقا انما يامر
بما يملكه عادة فيلزمه ضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة كانه

ان وجدوا متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالثة على الثاني وان كان بعضهم على بعض صح

ضمن له ما يلزمه من الحفر بمنزلة ضمان الدرك ولو امر عبده ان يحفر بيرا في
الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كان الحفر في فنايه فالضمان على عاقلة
المولى لانه يملك الامر بالحفر في هذا المكان فينتقل فعله الى المولى كانه حفر
بنفسه وان كان في غير فنايه فالضمان على عاقلة المولى لانه يملك الامر بالحفر
في هذا المكان فينتقل فعله الى المولى كانه حفر بنفسه وان كان في غير فنايه
فالضمان في رقبة العبد يخاطب المولى بالدفع او الفدا لان الامر بالحفر لا ينصرف
الى غير فنايه فصار مبتديا بالحفر سوا علم العبد انه ليس من فنايه او لم
يعلمه بخلاف الاجير لان وجوب الضمان على الامر هناك بمعنى الغرور على
ما بينا ولا يتحقق الغرور فيما بين العبد وبين مولاه فيستوي فيه العلم والجهل
وان كان الحفر في الملك فان كان في ملك غيره بان حفر بيرا في دار انسان بغير
اذنه فوقع فيها انسان يضمن الحافر لانه متعدي في التسبيب ولو قال
صاحب الدار انا امرته بالحفر وانكر اوليا الميت فالقياس ان لا يصدق
صاحب الدار والقول قول الورثة وفي الاستحسان يصدق والقول قول
الحافر وجه القياس ان الحفر وقع موجبا للضمان ظاهرا لانه صادف ملك
الغير وانه محظور فكان متعديا في الحفر من حيث الظاهر وصاحب الدار
بالتصديق يريد ابرا الجاني عن الضمان فلا يصدق وجه الاستحسان
ان قول صاحب الدار امرته بذلك اقرار منه بما يملك انشاه للحال وهو
الامر بالحفر فيصدق وان كان في ملك نفسه لا ضمان عليه لان الحفر مباح
مطلق له فلم يكن متعديا في التسبيب وان كان في فنايه يضمن لان الانتفاع
به مباح بشرط السلامة كالسير في الطريق ولو استاجر اربعة يحفرون
له بيرا فوقع عليهم من حفرهم فمات احدهم فعلى كل واحد من الثلاثة ربع
الدية وهدر الربع لانه مات من اربع جنايات الا ان جناية المرء على
نفسه هدر فبطل الربع وبقيت جنايات اصحابه عليه فتعتبر وتجب
عليهم ثلاثة ارباع الدية على كل واحد منهم الربع وقد روى الشعبي عن
علي رضي الله عنه انه قضى على القارصة والقامصة والواقصة بالدية اثلاثا
وهن ثلاث جواري ركبت احداهن الاخرى فقرصت الثالثة المركوبة
فقمصت فسقطت الراكبة فقضى للتي وقصت بثلثي الدية على صاحبتيها
واسقط الثلث لان الواقصة اعانت على نفسها وروي ان عشرة مدوا
نخلة فسقطت على احدهم فمات فقضى علي رضي الله عنه على كل واحد منهم بعشر

الدية

الدية واسقط العشر لان المقتول اعان على نفسه ولو استاجر اجرا احرارا
وعبدا محجورا ومكاتبا يحفرون له بيرا فوقعت البير عليهم من حفرهم
فماتوا فلا ضمان على المستاجر في الحر ولا في المكاتب ويضمن قيمة العبد
لمولاه اما الحر والمكاتب فلانه لم يوجد فيهما من المستاجر سبب وجوب
الضمان لان استيجارهما وقع صحيحا فكان استعماله اياهما في الحفر
بناء على عقد صحيح ولا يكون سببا لوجوب الضمان ووقوع البير عليهما
حصل من غير صنعه فلا يجب الضمان عليه واما العبد فلان استيجاره
لم يصح فصار المستاجر باستعماله في الحفر غاصبا اياه فدخل في ضمانه
فاذا هلك فقد تقرر الضمان فعليه قيمته لمولاه ثم اذا دفع قيمته الى
المولى فالمولى يدفع القيمة الى ورثة الحر بثلث دية الحر وورثة
المكاتب بثلث قيمة المكاتب وانما كان كذلك لان موت كل واحد منهم
حصل بثلاث جنايات بجناية نفسه وجناية صاحبيه فصار قدر
الثلث من الحر والمكاتب تالفا بجناية العبد وجناية القن توجب
الدفع ولو كان قنا لوجب دفعه الى ورثة الحر والمكاتب يتضاربون
في رقبته على قدر حقوقهم فاذا هلك وجب دفع القيمة اليهم يتضار بون
فيها ايضا فيضرب ورثة الحر فيها بثلث دية الحر وورثة المكاتب
بثلث قيمة المكاتب لان الحر مضمون بالدية والمكاتب مضمون بالقيمة ثم
يرجع المولى على المستاجر بقيمة العبد مرة اخرى وتسلم له تلك القيمة
لانه وان رد المغصوب الى المغصوب منه برد قيمته لكنه رده مشغولا
وقد كان غصب فارغا فلم يصح رده في حق الشغل فيضمن القيمة مرة اخرى
وللمستاجر ان يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد لانه ملك العبد
بالضمان من وقت الغصب فتبين ان الجناية حصلت من الحر على ثلث
عبد المستاجر فيضمن ثلث قيمته فيوخذ من عاقلته وياخذ ورثة
المكاتب ايضا من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب لوجود الجناية من الحر
على ثلثه فيضمن ثلث قيمته فيوخذ من عاقلته ~~وياخذ ورثة المكاتب~~
ثم يوخذ من تركة المكاتب مقدار قيمته فتكون بين ورثة الحر وبين
المستاجر لوجود الجناية منه على الحر وعلى العبد يضرب ورثة الحر
بثلث دية الحر ويضرب المستاجر بثلث قيمة العبد لانه جنى على
ثلث الحر وعلى ثلث العبد فاتلف من كل واحد منهما ثلثه والحر مضمون

والمكاتب فيتضاربون
فيها فتضرب ورثة
الحر مع

بون

بالدية والعبد مضمون بالقيمة وقد ملك المستاجر العبد بالضمان فكان
ضمان الواردة علي ملكه والله اعلم وقال لو ان فيمن حفر بيرا في سوق العامة
لمصلحة المسلمين فوقع فيها انسان ومات انه ان كان الحفر باذن
السلطان لا يضمن وان كان بغير اذنه يضمن وكذلك اذا اتخذ قنطرة
للعامة وروي عن ابي يوسف انه لا يضمن ووجهه ان ما كان من مصالح
المسلمين كان الاذن به ثابتا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ووجه
ظاهر الرواية ان ما يرجع الي مصالح عامة المسلمين كان حقا لهم والتدبير
في امر العامة الى الامام فكان الحفر فيه بغير اذن الامام بغير اذن صاحب
الدار هذا الذي ذكرنا حكم الحافر في الطريق وكذلك من كان في معني
الحافر ممن يحدث شيئا في الطريق كمن اخرج جناحا الي طريق المسلمين
او نصب فيه ميزابا فصدم انسانا فمات او بني دكانا او وضع حجرا او خشبة
او متاعا او قعد في الطريق ليستريح فعثر بشي من ذلك عاثر فوقع فمات
او وقع علي غيره فقتله او حدث به او بغيره من ذلك العثرة والسقوط جناية
من قتل او غيره او صب ماء في الطريق فزلق به انسان فهو في ذلك كله ضامن
وكذلك ما عطب بذلك من الدواب لانه سبب التلف باحداث هذه الاشيا
وهو متعد في التسبيب فما تولد منه يكون مضمونا عليه كالمتولد من الرمي ثم
ما كان من الجناية في بني ادم تتحملها العاقلة اذا بلغت القدر الذي تتحمله
العاقلة وهو نصف عشر دية الرجل وما لم يبلغ ذلك القدر او كان منها
في غير بني ادم يكون في ماله لان تحميل العاقلة ثبت بخلاف القياس لعدم
الجناية منهم وقد قال الله تعالي ولا تزر وازرة وزر اخري عرفناه بنص
خاص في بني ادم بهذا القدر نبقي الامر فيما دونه وفي غير بني ادم علي
الاصل ولا كفارة عليه ولا يحرم الميراث لو كان وارثا للمجني عليه ولا الوصية
لو كان اجنبيا لانه لم يباشر القتل وقد قال لو ان فيمن وضع كناسة في الطريق
فعطب بها انسان انه يضمن لان التلف حصل بوضعه وهو في الوضع متعدي
وقال محمد رحمه الله ان وضع ذلك في طريق غير نافذ وهو من اهله لم يضمن
لعدم التعدي منه اذ الطريق مشترك بين اهل السكة فيكون لكل واحد من
اهلها الانتفاع به كالدار المشتركة ولو سقط الميزاب الذي نصبه صاحب
الدار الي طريق المسلمين علي انسان فقتله ان اصابه الطرف الداخل في الحايط
لم يضمن لانه في ذلك القدر متصرف في ملك نفسه فلم يكن متعديا فيه وان اصابه

الطرف

الطرف الخارج الي الطريق يضمن لانه متعد في اخراجه الي الطريق وان اصابه
الطرفان جميعا يضمن النصف لانه متعد في النصف لا غير وان كان لا يدري
فالقياس ان لا يضمن شيا لانه ان كان اصابه الطرف الداخل لا يضمن وان
كان اصابه الطرف الخارج فالضمان لم يكن واجبا فوقع الشك في وجوبه فلا
يجب بالشك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه اذا لم يعرف الطرف
الذي اصابه انه الداخل او الخارج يجعل كانه اصابه الطرفان جميعا كما
في الغرقي والحرقي انه اذا لم يعرف التقدم والتاخر في موتهم يجعل كانهم
ماتوا جملة واحدة في اوان واحد حتي لا يرث البعض من البعض كذا هذا
ولو احدث شيا مما ذكرنا في المسجد بان حفر بيرا في المسجد لاجل الما او
بني فيه بناء او دكانا او غيره فعطب به انسان فان كان الحافر والباني من اهل
المسجد فلا ضمان عليه وان كان من غير اهله فان فعل باذن اهل المسجد
فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن بالاجماع لان تدبير مصالح المسجد الي
اهل المسجد فما فعلوه لا يكون مضمونا عليهم كالاب او الوصي اذا فعل شيا
من ذلك في دار اليتيم ومتولي الوقف اذا فعل في الوقف واما غير اهل
المسجد فليس له ولاية التصرف في المسجد بغير اذن اهل المسجد فاذا فعل
بغير اذنهم كان متعديا في فعله فكان مضمونا عليه ولو علق قنديلا او بسط
حصيرا او القي فيه الحصا فان كان من اهل المسجد فلا ضمان عليه وان لم يكن
من اهل ذلك المسجد فان فعله باذن اهل المسجد فكذلك وان فعل بغير
اذنهم يضمن في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يضمن وجه
قولهما ان المسجد لعامة المسلمين فكان كل واحد من احاد المسلمين بسبيل
من اقامة مصالحه ولا زهذه المصالح من عمارة المسجد وقد قال الله تعالي انما
يعمر مساجد الله من امن بالله من غير تخصيص الا ان لاهل المسجد ضرب اختصاص
به فيظهر ذلك في التصرف في نفسه بالحفر والبنا لا في القنديل والحصير
كالمالك مع المستعير ان للمستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل في دار
الاعارة وليس له ولاية الحفر والبنا كذا هذا ولابي حنيفة ما ذكرنا ان التدبير
في مصالح المسجد الي اهل المسجد لا الي غيرهم بدليل ان لهم ولاية منع غيرهم
عن التعليق والبسط وعمارة المسجد فكان الغير متعديا في فعله فالمتولد
منه يكون مضمونا عليه كما لو وضع شيا في دار غيره فعطب به انسان ولهذا
ضمن بالحفر والبنا كذا هذا وكون المسجد لعامة المسلمين لا يمنع اختصاص اهله

بالتدبير والنظر في مصالحه كالكعبة فانها لجميع المسلمين ثم اختص بنو شيبه
بمفاتيحها حتى روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اخذ مفتاح الكعبة منهم
ودفعه الى عمه العباس رضي الله عنه عند طلبه ذلك امره الله تعالى برده الى بني
شيبه بقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها ولو جلس في المسجد
فعطب به انسان ان كان في الصلاة لا يضمن الجالس سوا كان الجالس من اهل المسجد
او لم يكن من اهله لان المسجد بني للصلاة فلو اخذ المصلي بالضمان لصار الناس
ممنوعين عن الصلاة في المساجد وهذا لا يجوز وان جلس لحديث او نوم فعطب
به انسان يضمن في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يضمن وجه
قولهما ان الجلوس في المسجد لغير الصلاة من الحديث والنوم مباح فلم يكن
الهلاك حاصلا بسبب هو متعدي فيه فلا يجب الضمان كما لو جلس في داره فعثر
به انسان فعطب انه لا يضمن كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان المسجد بني للصلاة
لا للحديث والنوم فاذا شغله بذلك صار متعديا فيضمن كما اذا جلس في
الطريق للاستراحة فعطب به انسان انه يضمن لان الطريق جعل للاجتياز
لا للجلوس فاذا جلس فقد صار متعديا فيضمن كذا هذا وقولهما النوم والحديث
مباح في المسجد مسلم لكن بشرط سلامة العاقبة ولم يوجد الشرط فكان
تعديا ولو جلس لانتظار الصلاة او لقراة القران او لعبادة من العبادات غير الصلاة
فلا شك ان على اصلهما لا يضمن لانه لو جلس بغير قربة لا يضمن فاذا جلس لقربة
اولى واما على اصل ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ قال بعضهم لا يضمن لان المنتظر م فيه م
للصلاة في الصلاة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يضمن لانه
ليس في الصلاة حقيقة وانما الحق بالمصلي في حق الثواب لا غير والله اعلم
ومن هذا القبيل جناية السابق والقايد بان ساق دابة في طريق المسلمين الجنس م
او قادها فوطيت انسانا بيدها او برجلها او كدمت او صدمت او خبطت
فهو ضامن لما ذكرنا من الاصل ان السوق والقود مباح بشرط سلامة العاقبة م في الطريق م
فاذا حصل التلف بسببه لم يوجد الشرط فوقع تعديا فالمتولد منه فيما
يمكن التحرز عنه يكون مضمونا وهذا مما يمكن الاحتراز عنه بان يذود الناس
عن الطريق فيكون مضمونا وسوا كان السابق والقايد راجلا او راكبا الا انه اذا
كان راكبا فعليه الكفارة اذا وطيت دابته انسانا بيدها او رجلها ويحرم
الميراث والوصية وان كان راجلا لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية
لان هذه الاحكام يتعلق ثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبيب والمباشرة من الراكب

لا من غيره وان كان احدهما سايقا والاخر قايدا فالضمان عليهما لانهما اشتركا في
التسبيب فيشتركان في الضمان وكذلك اذا كان احدهما سايقا والاخر راكبا او
كان احدهما قايدا والاخر راكبا فالضمان عليهما لانهما اشتركا في التسبيب فيشتركا ن
في الضمان لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما الا ان الكفارة تجب
على الراكب وحده فيما وطيت دابته انسانا فقتلته لوجود القتل منه وحده
مباشرة وان قاد قطارا فما اصاب اول القطار او اخره او وسطه انسانا
بيد او برجل او صدم انسانا فقتله فهو ضامن لذلك لانه فعل فعلا هو
سبب حصول التلف فيضمن وهو مما يمكن الاحتراز عنه كما اذا وضع حجرا
في الطريق او حفر فيه بيرا فان كان معه سايق في اخر القطار فالضمان
عليهما لان كل واحد منهما سبب التلف وان كان السايق في وسط القطار فما
اصاب بما خلف هذا السايق وما بين يديه شيا فهو عليهما لان ما بين يديه
هو له سايق والاول له قايد وما خلفه هو له قايدان اما قايد القطار فلا
شك فيه لان بعضه مربوط ببعض واما السايق الذي في وسط القطار فلانه
بسوقه ما بين يديه قايد لما خلفه لان ما خلفه منقاد بسوقه فكان قايدا له
والقود والسوق كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان لما بينا ولو كان احيانا
في وسط القطار واحيانا يتاخر واحيانا يتقدم وهو يسوقها في ذلك فهو
والاول سوا لانه سايق وقايد والسوق والقود كل واحد منهما سبب
لوجوب الضمان وان كانوا ثلاثة احدهم في مقدمة القطار والاخر في مؤخر
القطار واخر في وسطه فان كان الذي في الوسط والمؤخر لا يسوقان
ولكن المقدم يقود فما اصاب الذي قدام الوسط شيا فذلك كله على القا يد
لان التلف حصل بسبب القود وما اصاب الذي خلفه فذلك على القايد
الاول وعلى الذي في الوسط لانهما قايدان لما بينا وعلى المؤخر ايضا
ان كان يسوق هو وان كان لا يسوق لا شي عليه لانه لم يوجد منه
صنع وان كانوا جميعا يسوقون فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعا
لوجود السبب منهم جميعا وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات لو ان رجلا
كان يقود قطارا واخر من خلف القطار يسوقه يزجر الابل لينزجر
بسوقه وعلى الابل قوم في المحامل نيام فوطي بعير منها انسانا فقتله فالد ية
على عاقلة القايد والسايق والراكب على البعير الذي وطي على عواقلهم جميعا م وعلى الراكبين الذين قدام البعير الذي وطي م
على عدد الرؤوس والكفارة على راكب البعير الذي وطي خاصة اما السايق

والقايد فلانهما يقربان القطار الى الجناية فكانا متسببين للتلف واما الراكب
للبعير الذي وطئ فلا شك فيه لان التلف حصل بفعله واما الراكبون امام
البعير الذي وطئ فلانهم قادة لجميع ما خلفهم فكانوا قايدين للبعير الواطئ
ضرورة فكانوا متسببين للتلف ايضا فاشتركوا في سبب وجوب الضمان
فانقسم الضمان عليهم وانما كانت الكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة
لانه قاتل بالمباشرة لحصول التلف بثقله وثقل الدابة الا ان الدابة آلة له فكان
الاثر الحاصل بفعله مضافا اليه فكان قاتلا بالمباشرة ومن كان من الركبان
خلف البعير الذي وطئ لا يزجر الابل ولا يسوقها راكبا على بعير منها او
غير راكب فلا ضمان على احد منهم لانه لم يوجد منهم سبب وجوب الضمان
اذ لم يسوقوا البعير الذي وطئ ولم يقودوه وصاروا كمتاع على الابل ولو
قادوا قطارا وعلى بعير في وسط القطار راكب لا يسوق منه شيا فضمان ما كان
بين يديه على القايد خاصة وضمان ما خلفه عليهما لان الراكب غير سايق
لما بين يديه لان ركوبه لهذا البعير لا يكون سوقا لما بين يديه كما ان مشيه
الى جانب البعير لا يكون سوقا اياه اذا لم يسقه ولكنه سايق لما ركبه لان
البعير انما يسير بركوب الراكب وحثه واذا كان سايقا له كان قايدا لما خلفه
فكان ضمانه عليهما واذا كان الرجل يقود قطارا فجا رجل وربط اليه بعيرا
فوطئ البعير انسانا فالقايد لا يخلوا اما ان كان لا يعلم بربطه واما ان
علم ذلك فان لم يعلم فالدية على القايد تتحمل عنه عاقلته ثم عاقلته يرجعون
على عاقلة الرابط لان الرابط وان تعدى في الربط وانه سبب لوجوب
الضمان لكن القايد لما قاد البعير عن ذلك المكان فقد زال تعديه
فيزول الضمان عنه ويتعلق بالقايد كمن وضع حجرا في الطريق فجا انسان
ودحرجه عن ذلك المكان ثم عطب به انسان فالضمان على الثاني لا على
الاول لما قلنا كذا هذا بخلاف المسلة الاولى لان هناك وجد الربط
والابل سايرة فلم يستقر فكان التعدي لم يزول بالانتقال عنه فبقي
التعدي ببقا الربط وان كان القايد علم بالربط في المسلتين جميعا
فقاده على ذلك فوطئ انسانا فقتله فالدية على القايد تتحمل عنه
عاقلته ولا ترجع عاقلته على عاقلة الرابط لانه لما قاد مع علمه بالربط
فقد رضي بالحقه من العهدة في ذلك وصار علمه بالربط بمنزلة امره
بالربط ولو ربطه بامره كان الامر على ما وصفنا كذا هذا ولو سقط سرج

دابة فعطب به انسان فالدية على السايق او القايد لان السقوط لا
يكون الا بتقصير منه في شد الحزام فكان متسببا في القتل متعديا في
التسبيب والله اعلم ومن هذا النوع جناية الناخس والضارب وجملة
الكلام فيه ان الدابة المنخوسة او المضروبة اما ان يكون عليها راكب واما
ان لا يكون فان كان عليها راكب فالراكب لا يخلوا اما ان كان سايرا واما
ان كان واقفا والسير والوقوف اما ان يكون في موضع اذن له في ذلك
واما ان يكون في موضع لم يوذن له به والناخس والضارب لا يخلوا
اما ان يكون نخس او ضرب بغير امر الراكب او بامره فان فعل ذلك
بغير امر الراكب فنفحت الدابة برجلها او ذنبها او نفرت فصدمت
انسانا فقتلته فان فعلت شيا من ذلك على فور النخسة والضربة
فالضمان على الناخس والضارب تتحمل عنهما عاقلتهما لا على الراكب سوا
كان الراكب سايرا او واقفا وسوا كان سيره او وقوفه فيما اذن له بالسير
فيه والوقوف او فيما لم يوذن بان كان يسير في ملكه او في طريق المسلمين
او في ملك الغير او كان يقف في ملكه او في سوق الخيل ونحوه او في طريق
المسلمين وانما كان كذلك لان الموت حصل بسبب النخس والضرب
وهو متعدي في السبب فيضمن ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره
والراكب الواقف على طريق العامة وان كان متعديا ايضا لكنه ليس بمتعد
في التعدي لان الناخس متعد في التعدي وكذا الضارب فاشبه الدافع مع
الحافر وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه ضمن الناخس دون الراكب
وكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه فعل هكذا وكان ذلك منهما
بمحضر من الصحابة ولم يعرف الانكار من احد فيكون اجماعا من الصحابة
رضي الله عنهم وانما شرط الفور لوجوب الضمان على الناخس والضارب
لان الهلاك عند سكون الفور يكون مضافا الى الدابة لا الى الناخس
والضارب ~~لان الهلاك~~ ولو نخسها او ضربها وهو ساير عليها فوطيت
انسانا فقتلته لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن ابي
يوسف ان الضمان عليهما لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس
وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فقد اشتركا في سبب وجوب
الضمان وكذلك اذا كان واقفا عليها لما قلنا وتجب الكفارة على الراكب
لوجود القتل منه مباشرة كما قلنا في الراكب مع السايق او القايد ولو

نخسها او ضربها فوثبت به والقت الراكب فالناخس والضارب
ضامن لحصول التلف بسبب هو متعدي فيه وهو النخس والضرب
فيضمن ما تولد منه فان لم تلقه ولكنها جمحت به فما اصابت في فورها
ذلك فعلي الناخس والضارب لما ذكرنا ان فعل كل واحد منهما وقع سببا
للهلاك وهو متعد في التسبيب فان نفحت الدابة الناخس او الضارب
فقتلته فدمه هدر لانه هلك من جناية نفسه وجناية الانسان
علي نفسه هدر هذا اذا نخس او ضرب بغير امر الراكب فاما اذا
فعل ذلك بامر الراكب فان كان الراكب سايرا فيما اذن له بالسير
فيه بان كان يسير في ملك نفسه او في طريق المسلمين او واقفا
فيما اذن له بالوقوف بان وقف في ملك نفسه او في سوق الخيل وغيره
من المواضع التي اذن بالوقوف فيها فنفحت الدابة برجلها انسانا
فقتلته فلا ضمان علي الناخس ولا علي الضارب ولا علي الراكب لانه امره
بما يملكه بنفسه فصح امره به فصار كانه نخس وضرب بنفسه فنفحت
وقد ذكرنا ان النفحة في حال السير والوقوف في موضع اذن بالسير
او الوقوف فيه غير مضمونة علي احد لا علي الراكب ولا علي السايق ولا
علي القايد وان كان الراكب سايرا فيما لم يوذن له بالسير بان كان يسير
في ملك الغير او كان واقفا في ملك غيره او في طريق المسلمين فنفحت
فالدية عليهما نصفان نصف علي الناخس او الضارب ونصف علي
الراكب ولا كفارة عليهما كذا ذكر في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن
ابي يوسف ان الضمان علي الراكب ووجهه ان الناخس او الضارب نخس
او ضرب بامر الراكب وهو يملك ذلك بنفسه انتقل فعله اليه فكانه
فعل بنفسه فكان الضمان عليه ووجه ظاهر الرواية ان الناخس او الضارب
مع الراكب اشتركا في سبب وجوب الضمان اما الناخس والضارب
فلا يشكل لوجود سبب القتل من كل واحد منهما علي سبيل التعدي واما
الراكب فلانه صار بالامر بالنخس او الضرب ناخسا وضاربا والنفحة
المتولدة من نخسه وضربه في هذه المواضع مضمونة عليه الا انه لا
كفارة عليهما لحصول القتل بالتسبيب لا بالمباشرة هذا اذا نفحت فاما
اذا اصدمت فان كان الراكب سايرا او واقفا في ملك نفسه فلا ضمان
علي الناخس والضارب ولا علي الراكب لان فعل النخس والضرب مضاف

فيما لم يوذن له بالوقوف فيه كما اذا كان واقفا

لما

ولا

الي

الي الراكب لحصوله بامره والصدمة في الملك غير مضمونة علي الراكب سوا
كان سايرا او واقفا وان كان سيره او وقوفه في طريق المسلمين او في ملك
الغير فينبغي ان يكون علي الاختلاف الذي ذكرنا في النفحة اذا كان الراكب
واقفا في موضع لم يوذن بالوقوف فيه لان الصدمة مضمونة علي الراكب
اذا كان في طريق المسلمين واقفا كان او سايرا وكذا في ملك الغير
فيتاتي فيه الاختلاف الذي ذكرنا في النفحة والله اعلم هذا اذا نفحت او
صدمت فاما اذا اصدمت وطيت انسانا فقتلته فالضمان عليهما سوا
كان الراكب سايرا او واقفا في اي موضع كان فيما اذن فيه او لم يوذن
لانهما اشتركا في سبب القتل بحصول القتل الموت بثقل الراكب والدابة
وفعل الناخس او الضارب وتجب الكفارة علي الراكب لانه قاتل مباشرة
فصار الراكب مع الناخس كالراكب مع السايق او القايد ان الدية عليهما
نصفان والكفارة علي الراكب خاصة كذا ههنا هذا الذي ذكرنا اذا
كان علي الدابة المنخوسة او المضروبة راكب فاما اذا لم يكن عليها راكب
فان لم يكن لها سايق ولا قايد فنخسها انسان او ضربها فما اصابت
شيا علي فور النخسة او الضربة فضمانه علي الناخس والضارب
في اي موضع كانت الدابة لانه سبب الاتلاف بالنخس والضرب
وهو متعدي في التسبب فما تولد منه يكون مضمونا عليه وان كان
عليها سايق او قايد فنخس او ضرب بغير امره فنفحت او نفرت
فصدمت او وطيت انسانا فقتلته فالضمان علي الناخس والضارب
لا علي السايق والقايد في اي موضع كان الناخس والقايد لان الناخس
مع السايق والقايد كالدافع مع الحافر لانه بالنخس او الضرب
كانه دفع الدابة علي غيره وكذلك ان كان لها سايق وقايد يقود
احدهما ويسوق الاخر فنخس او ضرب بغير اذن واحد منهما فالضمان
علي الناخس والضارب لا عليهما في اي موضع كان الناخس والقايد لما
ذكرنا ان الناخس متعد كالدافع للدابة وكذا الضارب ولا تعمد من
السايق والقايد وان كان كل واحد منهما امره امره بذلك فنفحت فان
كان سوقه او قوده فيما اذن له بالسوق والقود فيه فلا ضمان علي الناخس
والضارب وان فعل ذلك بامر السايق او القايد فان كان يسوق او يقود
فيما اذن له بالسوق والقود فيه بان كان في ملكه او في طريق المسلمين

في

بلغ

بة

ن

لا ضمان على احد لان فعله يضاف اليه كالسايق او القايد وكانه فعل بنفسه
فنفحت والنفحة في الملك او في طريق المسلمين غير مضمونة على السايق
او القايد وان كان يسوق او يقود فيما اذن له بذلك بان كان في ملك
الغير فعلى قياس ما ذكرنا في ظاهر الرواية الضمان على الناخس والضارب
وعلى السايق او القايد ولا كفارة عليهما وعلى قياس ما ذكره ابن رستم
عن ابي يوسف الضمان على السايق او القايد خاصة وان صدمت فقتلت
انسانا فان كان السايق او القايد يسوق في ملك نفسه فلا ضمان على
احد لان فعل الناخس او الضارب بامر السايق او القايد مضاف اليه
والصدمة في الملك غير مضمونة على السايق والقايد والراكب وان كان
يسوق او يقود في طريق المسلمين او في ملك الغير فهو على الاختلاف م — م وان وطئت انسانا فقتلته فهو على الاختلاف م
ايضا سوا كان سوقه او قوده فيما اذن له بالسوق او القود فيه او لم
يكن لان الوطية مضمونة على كل حال والله اعلم وان وطئت تجب
القيمة بلا خلاف لكن في قياس ظاهر الرواية على الناخس او الضارب
وعلى السايق والقايد نصفان وعلى قياس رواية ابن سماعة عن
ابي يوسف على السايق والقايد خاصة والله اعلم ومن هذا
القبيل جناية الحايط المايل اذا سقط على رجل فقتله او متاع
فافسده او على دار فهدمها او على حيوان فعطب به وجملة
الكلام فيه ان الحايط لا يخلو اما ان بني مستويا مستقيما ثم مال
واما ان بني مايلا من الاصل فان بني مستقيما ثم مال فميلانه لا
يخلو اما ان يكون الى الطريق واما ان يكون الى ملك انسان فان كان
الى الطريق فالطريق لا يخلو من ان يكون نافذا وهو طريق العامة
او غير نافذ وهو السكة التي ليست بنافذة فان كان نافذا فسقط
فعطب به شي مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحايط اذا وجد
شرايط وجوبه فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان وفي بيان
شرايط الوجوب وفي بيان مايية الضمان الواجب وكيفيته اما
الاول فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبيب الى الاتلاف
بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض لانه اذا مال الى الطريق
العامة فقد حصل الهوا في يد صاحب الحايط من غير فعله وهوا
الطريق حق العامة كنفس الطريق فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه

46

فاذا طولب بالنقض فقد لزمه ازالة يده عنه بهدم الحايط فاذا لم يفعل
مع الامكان فقد صار متعديا باستبقا يده عليه كثوب هبت به الريح
فالقته في دار انسان فطولب به فامتنع من الرد مع امكان الرد حتى هلك
يضمن لما قلنا كذا هذا وقد روي عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشريح
وابراهيم انهم قالوا اذا تقدم اليه في الحايط فلم يهدمه وجب عليه الضمان — أو غيرهم م
فصل واما شرايط الوجوب فمنها المطالبة بالنقض حتى لو سقط
قبل المطالبة فعطب به شي لا ضمان على صاحب الحايط لان الضمان يجب بترك
النقض المستحق لانه به يصير متعديا في التسبيب الى الاتلاف ولا يثبت الاستحقاق — ف
بدون المطالبة وصورة المطالبة هي ان يتقدم اليه واحد من عرض
الناس فيقول له ان حايطك هذا مايل او مخوف فارفعه فاذا قال
ذلك لزمه رفعه لان هذا حق العامة فاذا قام به البعض صار خصما عن
الباقين سوا كان الذي تقدم اليه مسلما او ذميا حرا او عبدا بعد ان كان
اذن له مولاه بالخصومة فيه بالغا او صبيا ان كان عاقلا وقد اذن له وليه — م بعد
بالخصومة فيه لان الطريق حق جميع اهل الدار فكان لكل واحد من اهل
الدار حق المطالبة بازالة سبب الضرر عنه الا انه لا بد من عقل المطالب
وكونه ماذونا بالتصرف لان كلام المجنون والمحجور عليه غير معتبر
في الشرع فكان ملحقا بالعدم وينبغي ان يشهد على الطلب وتفسير
الاشهاد ما ذكره محمد رحمه الله وهو ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت
الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار
لجواز ان ينكر صاحب الحايط المطالبة بالنقض فيقع الحاجة الى الشهادة
لاثبات الطلب عند القاضي لا لصحة الطلب فان الطلب يصح بدون
الاشهاد حتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان
وان لم يشهد عليه وكذا اذا انكر يجب عليه الضمان فيما بينه وبين
الله تعالى ونظيره ما قلنا في الشفعة ان الشرط فيها الطلب لا الاشهاد
وانما الاشهاد للحاجة الى اثبات الطلب على تقدير الانكار حتى لو اقر
المشتري بالطلب ثبت حق الشفعة وان لم يشهد على الطلب وكذا لو
جحد الطلب ثبت الحق له فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الاشهاد
في باب اللقطة على اصل ابي حنيفة رحمه الله من هذا القبيل وقد ذكرنا
ذلك في كتاب اللقطة ولو طولب صاحب الحايط بالنقض فلم ينقض

حتى سقط الى الطريق فعثر بنقضه انسان فعطب به فان كان قد طولب
برفع النقض يضمن لانه اذا طولب بالرفع لزمه الرفع فاذا لم يرفع صار
متعديا فيضمن ما تولد منه وان كان لم يطالب برفعه لا ضمان عليه عند
ابي يوسف وعند محمد يضمن وجه قول محمد انه لما طولب بالنقض
فلم ينقض حتى سقط صار متعديا بترك النقض فحصل التلف بسبب
هو متعد فيه فيضمن ولهذا ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه
انسان وجه قول ابي يوسف ان الحايط قد زال عن الموضع الذي طولب
فيه لانتقاله عن محل الجناية وهو الهوا الى محل اخر بغير صنع صاحبه
فلا بد من مطالبة اخرى كمن وضع حجرا في الطريق فدحرجته الريح
الى موضع اخر فعطب به انسان انه لا ضمان على الواضع كذا هنا بخلاف
ما اذا سقط على انسان لانه ما زال عن محل المطالبة وهو الهوا الذي هو
محل الجناية فلا يحتاج الى مطالبة اخرى وان كان الطريق غير نافذ فالخصومة
الى واحد من اهل تلك السكة لان الطريق حقهم فكان لكل واحد منهم ولاية
التقدم الى صاحب الحايط وان كان ميلان الحايط الى ملك رجل فالمطالبة
بالنقض والاشهاد الى صاحب الملك لان الهوا ملكه حقه وقد شغل
الحايط حق صاحب الملك فكانت المطالبة بالتفريغ اليه فان كان في
الدار ساكن كالمستعير والمستاجر فالمطالبة والاشهاد الى السكان
فيشترط طلب الساكن او المالك لان الساكن له حق المطالبة بازالة ما
يشغل الدار فكان له ولاية المطالبة بازالة ما يشغل الهوا ايضا ولو طولب
صاحب الحايط بالنقض فاستاجل الذي طالبه او استاجل القاضي فاجله
فان كان ميلان الحايط الى الطريق فالتاجيل باطل وان كان ميلانه
الى دار رجل فاجله صاحب الدار او ابراه منه او فعل ذلك ساكن الدار
فذلك جايز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحايط ووجه الفرق بينهما ان الحق
في الطريق لجماعة المسلمين فاذا طالب واحد منهم بالنقض فقد تعلق
الضمان بالحايط لحق الجماعة فكان التاجيل والابرا اسقاطا لحق الجماعة
فلا يملك ذلك بخلاف ما اذا كان الميلان الى دار انسان لان هناك
الحق لصاحب الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التاجيل والابرا منه
اسقاطا لحق نفسه فيملكه وكذلك لو وضع رجل في دار غيره حجرا او حفر
فيها بيرا او بنا فيها بنا فابراه صاحب الدار منه كان بريا ولا يلزمه ما عطب

بشي

بشي من ذلك سوا عطب به صاحب الدار او من دخل لان الحق له فيملك اسقاطه كانه
فعل ذلك باذنه ومنها ان يكون المطالب بالنقض ممن يلي النقض لان المطالبة
بالنقض ممن لا يلي النقض سفه فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة فلا
تصح مطالبة المستودع والمستعير والمستاجر والمرتهن لانه ليس لهم ولاية
النقض وتصح مطالبة الراهن لان له ولاية النقض لقيام الملك فينقض فيقضي
الدين فيصير متعديا بالنقض وتصح مطالبة الاب والوصي في هدم حايط بتركه
الصغير لثبوت ولاية النقض لهما فان لم ينقضا حتى سقط يجب الضمان
على الصبي لان التلف النقض المستحق على الولي والوصي مضاف الى الصبي بتركه
لقيامهما مقام الصبي والصبي مواخذ بافعاله فيضمن وتحمل عنه عاقلته
فيما تتحمل العاقلة ويكون في ماله فيما لا تتحمله العاقلة كالبالغ سوا وعلى
هذا يخرج ما اذا كان الحايط المايل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض فلم
ينقض حتى سقط فعطب به شي ان القياس ان لا يضمن احد منهم
شيا وفي الاستحسان يضمن الذي طولب وجه القياس انه لم يوجد
من احد منهم ترك النقض المستحق اما الذين لم يطالبوا بالنقض فظاهر
واما الذي طولب به فلان احد الشركا لا يلي النقض بدون الباقين
وجه الاستحسان ان المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه
لانه يمكنه ان يخاصم الشركا ويطالبهم بالنقض ان كانوا حضورا وان
كانوا غيبا يمكنه ان ~~يخاصم الشركا ويخاصمهم~~ يرفع الامر الى القاضي حتى
يامره القاضي بالنقض ~~بالنقض~~ لان فيه حقا لجماعة المسلمين والامام
يتولى ذلك لهم فيامر الحاضر بنقض نصيبه ونصيب الغايبين
فاذا لم يفعل فقد صار متعديا بترك النقض المستحق فيضمن ما تولد منه
لكن بقدر حصته من الحايط في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف
ومحمد عليه ضمان النصف وجه قولهما ان انصبا الشركا الاخرين لم
يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد كمن جرحه رجل وعقره
سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله ان على الجارح النصف لان عقر
السبع ونهش الحية لم يجب بها ضمان فكانا كالشي الواحد كذا هذا
ولابي حنيفة رحمه الله ان التلف حصل بثقل الحايط وليس ذلك معنى مختلفا
في نفسه فيضمن بمقدار نصيبه والله اعلم ومنها قيام ولاية النقض وقت
السقوط ولا يكتفي بثبوتها وقت المطالبة لانه انما يصير متعديا بترك

النقض عند السقوط كانه اسقطه فاذا لم يبق له ولاية النقض عند
السقوط لم يصر متعديا بترك النقض فلا يجب الضمان عليه وعلى هذا
يخرج ما اذا طولب بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار التي فيها الحايط
من انسان وقبضه المشتري او لم يقبضه ثم سقط على شي فعطب به
انه لا ضمان على البايع لانعدام ولاية النقض وقت السقوط بخروج
الحايط عن ملكه ولا على المشتري ايضا لانعدام المطالبة في حقه فرق
بين هذا وبينما اذا اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار مع الجناح ثم
وقع على انسان انه يضمن البايع ووجه الفرق ان وجوب الضمان هناك
على البايع قبل البيع لكونه متعديا باشراع الجناح والاشراع على حاله لم يتغير
فلا يتغير ما يتعلق به من الضمان ووجوب الضمان لكونه متعديا بترك
النقض المستحق وذلك عند سقوط الحايط وقد بطل الاستحقاق بالبيع
فلم يوجد التعدي عند السقوط بترك النقض فلا يجب الضمان وعلى
هذا يخرج ما اذا طولب الاب بنقض حايط الصغير فلم ينقض حتى مات
الاب او بلغ الصبي ثم سقط الحايط انه لا ضمان فيه لان قيام الولاية وقت
السقوط شرط وقد بطلت بالموت والبلوغ ومنها امكان النقض بعد
المطالبة وهو ان يكون سقوط الحايط بعد المطالبة بالنقض في مدة
يمكن نقضه فيها لان الضمان يجب بترك النقض الواجب ولا وجوب بدون
الامكان حتى لو طولب بالنقض فلم يفرط في نقضه ولكنه ذهب يطلب من
ينقضه فسقط الحايط فتلف به شي لا ضمان عليه لانه اذا لم يتمكن من
النقض لم يكن بترك النقض متعديا فبقي حق الغير حاصلا في يده بغير
صنعه فلا يكون مضمونا عليه **فصل** واما بيان ما يجب من الضمان الواجب
بهذه الجناية وكيفيته فالواجب بهذه الجناية ما هو الواجب بجنسها
من جناية الحافر ومن في معناه وجناية السايق والقايد والناخس
وما ذكرنا ان الجناية ان كانت على بني ادم وكانت نفسا فالواجب بها الدية
وان كانت ما دون النفس فالواجب بها الارش واذا بلغ الواجب بها نصف
عشر دية الذكر وهو عشر دية الانثى فما فوقه تتحمله العاقلة ولا
تتحمل ما دون ذلك ولا ما يجب بالجناية على غير بني ادم بل يكون في
ماله لما بينا فيما تقدم الا ان ظهور الملك لصاحب الحايط في الدار عند
الانكار بحجة مطلقة وهي البينة شرط تحمل العاقلة حتى لو انكرت

العاقلة

العاقلة كون الدار ملكا لصاحب الدار لا عقل عليهم حتى يقيم صاحب الدار البينة على
الملك كذا ذكر محمد رحمه الله فقال لا تضمن العاقلة حتى يشهد الشهود على
ثلاثة اشيا على التقدم اليه وعلى انه مات من سقوط الحايط وعلى ان الدار له يريد
به عند الانكار اما الشهادة على الملك فلان الملك وان كان ثابتا له بظاهر
اليد لكن الظاهر لا يستحق به حق على غيره اذ هو حجة للدفع لا حجة الاستحقاق
كحياة المفقود وغير ذلك فلا بد من الاثبات بالبينة وعند زفر تتحمل
العاقلة بظاهر اليد وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الشفعة واما الشهادة
على المطالبة فلان المطالبة شرط وجوب الضمان لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد
من اثباتها بالبينة عند الانكار واما الشهادة على الموت من سقوط الحايط
فلانه به يظهر سبب وجوب الضمان وهو التعدي لانه ما لم يعلم انه مات
من السقوط لا يعلم كون صاحب الحايط متعديا عليه والله اعلم **فصل** هذا
الذي ذكرنا حكم قتل نفس علم قاتلها واما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب
القسامة والدية عند عامة العلما وعند مالك وجوب القسامة والقصاص
والكلام في القسامة يقع في مواضع في تفسير القسامة وبيان محلها وفي بيان
شرايط وجوب القسامة والدية وفي بيان سبب وجوب القسامة والدية
اما تفسير القسامة وبيان محلها فالقسامة في اللغة تستعمل بمعنى الوسامة
وهي الحسن والجمال يقال فلان قسيم اي حسن جميل وفي صفات النبي صلى
الله عليه وسلم قسيم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين الا ان في عرف الشرع
تستعمل في اليمين بالله تعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص
مخصوص وهو المدعى عليه على وجه مخصوص وهو ان يقول خمسون
من اهل المحلة اذا وجد قتيل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا واذا حلفوا
يغرمون الدية وهذا عند اصحابنا وقال مالك ان كان هناك لوث يستحلف
الاوليا خمسين يمينا فاذا حلفوا يقتص من المدعا عليه وتفسير اللوث
عنده ان يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه او يكون هناك عداوة
ظاهرة وقال الشافعي ان كان هناك لوث اي عداوة ظاهرة وكان بين
دخوله المحلة وبين وجوده قتيلا مدة يسيرة يقال للولي عين
القاتل فان عين القاتل يقال للولي احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان
في قول يقتل القاتل الذي عينه كما قال مالك وفي قول يغرمه الدية فان
عدم هذين الشرطين الذين ذكرناهما يحلف اهل المحلة واذا حلفوا الا شي

م م وفي بيان من يدخل في القسامة والدية وفي بيان ما يكون ابرا عن القسامة والدية م

م احلم

عليهم كما في ساير الدعاوي احتجا لوجوب القسامة على المدعي بحديث سهل
بن ابي خيثمه انه قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب
خيبر فجا اخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة ومحيصة الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم عند النبي صلى الله عليه
وسلم فقال صلى الله عليه وسلم الكبير الكبير فتكلم احد عميه اما حويصة واما
محيصة الكبير منهما فقال يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا في قليب
من قليب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم فقال عليه السلام تحلف لكم
اليهود خمسين يمينا انهم لم يقتلوه فقالوا كيف نرضى بايمانهم وهم مشركون
فقال عليه السلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما لم
نره فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده ووجه الاستدلال
بالحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عرض اليمين على اوليا القتيل
فدل ان اليمين على المدعي ولنا ما روي عن زياد ابن ابي مريم انه قال جا
رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني وجدت اخي قتيلا
في بني فلان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اجمع منهم خمسين
فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يا رسول الله ليس لي من اخي
الا هذا فقال بل لك ماية من الابل فدل الحديث على وجوب القسامة
على المدعى عليهم وهم اهل المحلة لا على المدعي وعلى وجوب الدية عليهم مع
القسامة وروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال وجد قتيل
بخيبر فقال عليه السلام اخرجوا من هذا الدم فقالت اليهود قد كان
وجد في بني اسرايل على عهد موسى عليه السلام فقضى في ذلك فان كنت
نبيا فاقض فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم تحلفون خمسين يمينا ثم تغرمون
الدية فقالوا قضيت بالناموس اي بالوحي وهذا نص في الباب
وبه يبطل قول مالك بايجاب القصاص به لان رسول الله صلى الله عليه وسلم
غرمهم الدية لا القصاص ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص
لا الدية وروي ان عمر رضي الله عنه حكم في قتيل وجد بين قريتين
وطرحه على اقربهما والزم اهل القرية القريبة القسامة والدية وكذا روي
عن علي رضي الله عنه ولم ينقل الانكار عليهما من احد من الصحابة فيكون
اجماعا واما حديث سهل ففيه ما يدل على عدم الثبوت ولهذا اظهر
النكير فيه من التلف فان فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعاهم الى ايمان

اليهود فقالوا كيف نرضى بايمانهم وهم مشركون وهذا يجري مجرى الرد
لما دعاهم اليه معناه ان رضى المدعي لا مدخل له في يمين المدعا عليه وفيه ايضا
انه لما قال لهم يحلف منكم خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نحلف على ما نشهد
وهذا ايضا يجري مجرى الرد لقوله ثم انهم انكروا ذلك لعدم علمهم بالمحلوف
عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم انهم لا علم لهم بذلك فكيف
استجاز عرض اليمين عليهم ولين ثبت فهو ماول وتاويله انهم لما
قالوا لا نرضى بايمان اليهود قال لهم يحلف منكم خمسون على الاستفهام اي
انحلف منكم خمسون اذ الاستفهام قد يكون بحذف حرف الاستفهام
كما قال تعالى تريدون عرض الدنيا اي اتريدون كما روي في بعض الفاظ
حديث سهل اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم على سبيل الرد والانكار
عليهم كما قال الله تعالى افحكم الجاهلية يبغون حملناه على هذا توفيقا بين
الدلايل والحديث المشهور دليل على ما قلنا وهو قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على المدعى عليه جعل جنس اليمين على المدعى عليه فينبغي
ان لا يكون شي من الايمان على المدعي فان قيل قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال البينة على المدعي واليمين على من انكر الا في القسامة استثنى القسامة
فينبغي ان لا يكون اليمين على المدعا عليه في القسامة لان حكم المستثنى يخالف
حكم المستثنى منه فالجواب ان الاستثنا لو ثبت فله تاويلان احدهما
اليمين على المدعى عليه بعينه الا في القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل
بعينه الثاني اليمين كل الواجب على المدعى عليه الا في القسامة فانه يجب
معها الدية والله اعلم وانما جمعنا في القسامة بين اليمين البتات والعلم الي
اخره لان احدي اليمينين كانت على فعلهم وكانت على البتات والاخري
على فعل غيرهم وكانت على العلم فان قيل اي فايدة في الاستحلاف على العلم
وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به
الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن انفسهم وقد قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم وقال عليه السلام لا شهادة
لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة
هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبعنا السنة من غير ان نعقل فيه
المعنى ثم فيه فايدة من وجهين احدهما ان من الجايز ان يكون القاتل عبد
الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده

بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه او افده ويسقط الحكم عن غيره وكان
التحليف على العلم مفيدا وجايز ان يقر على عبد غيره فيصدقه مولاه فيومر
بالدفع او الفدا ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف
على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين
عبد كالرمل في الطواف لان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف اظهارا
للجلادة والقوة مراآة للكفرة ويقول رحم الله امرأ اظهر اليوم الجلادة
من نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل سنة في الطواف حتى روي ان عمر رضي الله
عنه كان يرمل في الطواف ويقول ما اهز كتفي احدا راآيته لكني رايت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كذا هنا والثاني انه لا يمتنع ان يكون
واحد منهم امر صبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه بالقتل ولو اقر به يلزمه
في ماله يحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي
الذي امره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان
مفيدا **فصل** واما شرايط وجوب القسامة والدية فانواع — بلغ
منها ان يكون الموجود قتيلا وهو ان يكون به اثر القتل من جراحة او اثر ضرب
او خنق فان لم يكن شي من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لانه اذا لم يكن به
اثر القتل فالظاهر انه مات حتف انفه فلا يجب فيه شي او احتمل انه مات
حتف انفه واحتمل انه قتل احتمالا على السوا فلا يجب شي بالشك والاحتمال
ولهذا لو وجد في المعركة ولم يكن به اثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل وعلى
هذا اذا وجد والدم يخرج من فمه او من انفه او دبره او ذكره لا شي فيه — [illegible]
لان الدم يخرج من عينيه او اذنه ففيه القسامة والدية لان الدم لا يخرج
من هذه المواضع عادة فكان الخروج مضافا الى الضرب حادث فكان قتيلا
ولهذا لو وجد هكذا في المعركة كان شهيدا وفي الاول لا يكون شهيدا ولو
مر في محلة فاصابه سيف او حجر فجرحه ولا يدري من اي موضع اصابه
فحمل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان لم يزل صاحب فراش حتى
مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وان لم يكن صاحب فراش
فلا قسامة فيه ولا دية وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا قسامة فيه ولا ضمان في الوجهين جميعا وهو قول ابن ابي ليلى وجه قول
ابي يوسف ان المجروح اذا لم يمت في المحلة كان الحاصل في المحلة ما دون النفس
ولا قسامة فيما دون النفس كما لو وجد مقطوع اليد في المحلة ولهذا لو لم يكن

(هامش: من هذه المواضع عادة بدون الضرب بسبب القيء والرعاف وعارض اخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج مح)

صاحب فراش لا شي فيه كذا هذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه اذا لم يبرا
عن الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش حتى مات علم انه مات من الجراحة — حينئذ
فعلم ان الجراحة حصلت قتلا من وجودها فكان قتيلا في ذلك الوقت كانه
مات في المحلة بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش لانه اذا لم يصر صاحب فراش
لم يعلم ان الموت حصل من الجراحة فلم يوجد قتيلا في المحلة فلا يثبت حكمه
وعلى هذا يخرج ما اذا وجد من القتيل اكثر بدنه ان فيه القسامة والدية
لانه يسمى قتيلا لان للاكثر حكم الكل ولو وجد عضو من اعضايه كاليد والرجل
او وجد اقل من نصف البدن فلا قسامة فيه ولا دية لان الاقل من النصف لا
يسمى قتيلا ولانا لو اوجبنا في هذا القدر القسامة لاوجبنا في الباقي قسامة اخرى
فيودي الى اجتماع قسامتين في نفس واحدة وهذا لا يجوز وان وجد النصف
فان كان النصف الذي فيه الراس ففيه القسامة والدية وان كان النصف
الاخر فلا قسامة فيه ولا دية لان الراس اذا كان معه يسمى قتيلا واذا لم
يكن لا يسمى قتيلا لان الراس اصل ولانا لو اوجبنا في النصف الذي معه الراس
فيودي الى ما قلنا وان وجد الراس وحده فلا قسامة ولا دية لان الراس وحده
لا يسمى قتيلا وان وجد النصف مشقوقا فلا شي فيه لان النصف المشقوق
لا يسمى قتيلا ولان في اعتباره ايجاب القسامتين على ما بينا ونظير هذا ما
قالوا في صلاة الجنازة اذا وجد اكثر البدن او اقله او نصفه على التفصيل
الذي ذكرنا والله اعلم ومنها ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب — بلغ
القصاص ان كان قتلا يوجب القصاص وتجب الدية ان كان قتلا يوجب
الدية وقد ذكرنا جميع ذلك فيما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بني ادم
فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها لان لزوم القسامة
في نفسها امر ثبت بخلاف القياس لان تكرار اليمين غير مشروع واعتبار
عدد الخمسين غير معقول ولهذا لم يعتبر في ساير الدعاوي وكذا
وجوب الدية معها لان اليمين في الشرع جعلت دافعة للاستحقاق
بنفسها كما في ساير الدعاوي الا انا عرفنا ذلك بالنصوص والاجماع في
بني ادم خاصة فبقي الامر فيما وراه على الاصل ولهذا لم تجب القسامة
والغرامة في ساير الاموال كذا في البهايم وتجب في العبد القسامة والقيمة
اذا وجد قتيلا في غير ملك صاحبه لانه ادمي من كل وجه ولهذا يجب فيه
القصاص في العمد وفي الخطا وتغرم العاقلة قيمته في الخطا وعلى اصل ابي حنيفة — هذا

(هامش: لان الراس معه يسمى قتيلا في الايجاب في النصف الذي معه)

والكفارة

ومحمد رحمهما الله فاما على اصل ابي يوسف فلا قسامة فيه ولا دية لان العبد عنده
مضمون بالخطا من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي ولهذا لا تجب قيمته في
القتل الخطا بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب
في المدبر وام الولد والمكاتب والماذون لما قلنا وسوا كان القتيل مسلما او ذميا
عاقلا او مجنونا بالغا او صبيا ذكرا او انثى لان النبي صلى الله عليه وسلم اطلق القضية
بالقسامة والدية في مطلق قتيل اخبر به في بعض الاحاديث ولم يستفسر ولو كان
الحكم يختلف لاستفسر ولان الذمي هو مضمون بالقصاص والدية في العمد
والخطا فيكون مضمونا بالقسامة والدية وسوا وجد المسلم قتيلا في محلة
المسلمين او في محلة اهل الذمة لان عبد الله بن سهل الانصاري رضي الله عنه
وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر فاوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم
القسامة على اليهود وكذا الذمي لان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم الا ما خص
بدليل ومنها الدعوى من اوليا القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب
بدون الدعوى كما في ساير الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة
المنكر قال النبي صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر جعل جنس اليمين على المنكر
فينفي وجوبها على غير المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق
المدعي وحق الانسان يوفى عند طلبه كما في ساير الايمان ولهذا كان الاختيار
في خمسين القسامة الى اوليا القتيل لان الايمان حقهم فلهم ان يختاروا من
يتهمونه او يستحلفون صالحي العشيرة الذين يعلمون انهم لا يحلفون كذبا
ولو طولب من عليه القسامة بها فنكل عن اليمين حبس حتى يحلف او يقر لان
اليمين في باب القسامة حق مقصود بنفسه لا انه وسيلة الى المقصود وهو
الدية بدليل انه يجمع بينه وبين الدية ولهذا قال الحارث بن الازمع لعمر
رضي الله عنه انبذل ايماننا واموالنا فقال نعم وروي ان الحرث قال اما تجزي
هذه عن هذه فقال لا وروي انه قال فبم يبطل دم صاحبكم واذا كانت
مقصودة بنفسها فمن امتنع عن اداحق مقصود بنفسه وهو قادر على الادا
يجبر عليه بالحبس كمن امتنع عن قضاء دين عليه مع القدرة على القضا بخلاف
اليمين في ساير الحقوق فانها ليست مقصودة بنفسها بل هي وسيلة
الى المقصود وهو المال المدعى الا ترى انه لا يجمع بينهما اذا حلف المدعى عليه ٣ بل م
برى الا ترى انه اذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقر وبذل المال لا يلزمه شي
وههنا لو لم يحلفوا ولم يقروا وبذلوا الدية لا تسقط عنهم القسامة فدل انها

51

مقصودة بنفسها فيجبرون عليها بالحبس وروى عن ابي يوسف انهم لا يحبسون
والدية على العاقلة ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر فيه ايضا
ان الامام اذا ايس من الحلف وسال الاوليا ان يغرمهم الدية قضى عليهم بالدية
ومنها ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد او في يد احد فان
لم يكن ملكا لاحد ولا في يد احد اصلا فلا قسامة فيه ولا دية وان كان في
يد احد يد العموم لا يد الخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة
المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة يحصون لا تجب القسامة والدية انما
تجب بترك الحفظ اللازم على ما نذكر فاذا لم يكن ملك احد ولا في يد احد
اصلا لا يلزم احدا حفظه فلا تجب القسامة والدية واذا كان في يد العامة
فحفظه على العامة لكن لا سبيل الى ايجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفا
من الكل وامكن ايجاب الدية على الكل لامكان الاستيفا منهم بالاخذ من بيت
المال لان مال بيت المال مالهم فكان الاخذ من بيت المال استيفا
منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتيل في فلاة من الارض ليس بملك
لاحد انه لا قسامة فيه ولا دية اذا كان بحيث لا يسمع الصوت من الامصار
ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على
اقرب المواضع اليه فان كان اقرب الى القرى فعلى اقرب القرى وان كان
اقرب الى المصر فعلى اقرب محال المصر اليه لانه اذا كان بحيث لا يسمع
الصوت والغوث لا يلحقه ذلك الموضع فلم يكن الموضع في يد احد فلم يوجد
القتيل في ملك احد ولا في يد احد اصلا فلا تجب فيه القسامة والدية
واذا كان بحيث يسمع الصوت فالغوث يلحق فكان من توابع اقرب المواضع
اليه وقد ورد باعتبار القرب حديث عن رسول صلى الله عليه وسلم وقضى
به ايضا عمر على ما نذكر ولو وجد في نهر عظيم كدجلة والفرات
والسيحون ونحوها فان كان النهر يجري به فلا قسامة ولا دية لان
النهر العظيم ليس ملكا لاحد ولا في يد احد وقال زفر تجب على اقرب
القرى من ذلك الموضع كما اذا وجد على الدابة وهي تسير وليست في يد احد
وهذا القياس ليس بسديد لان الموضع الذي تسير فيه الدابة تابع لاقرب
المواضع اليه فكان في يد اهله بخلاف النهر الكبير فانه لا يدخل تحت يد احد
لا بالاصالة ولا بالتبعية وان كان النهر لا يجري به ولكنه كان محتبسا في
الشط او مربوطا على الشط او ملقا على الشط فان كان الشط ملكا فحكمه

ط وتجب الدية وانما كان كذلك لان القسامة ٣

حكم الارض المملوكة او الدار المملوكة اذا وجد فيها قتيل وسنذكره ان شاء الله تعالى
وان لم يكن ملكا لاحد فعلى اقرب المواضع اليه من الامصار والقرى من حيث يسمع
الصوت القسامة والدية لانهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم وكان
لهم تصرف في الشط فكان الشط في ايديهم وكذلك لو كان محتبسا في الجزيرة
فعلى اقرب المواضع الى الجزيرة من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت
القسامة والدية لان الجزيرة تكون في تصرفهم فكانت في ايديهم وان وجد
في نهر صغير مما يقضي فيه بالشفعة للشركاء في الشرب ففيه القسامة
والدية على اهل النهر لان النهر مملوك لهم وسواء كان القتيل محتبسا او مربوطا
على الشط او كان النهر يجري به بخلاف النهر الكبير لانه اذا كان ملكا لاربابه
كان الموضع الذي يجري به ملكا لهم وليس كذلك النهر الكبير ولا قسامة في
قتيل يوجد في مسجد الجامع ولا في شوارع العامة ولا في جسور العامة لانه
لم يوجد الملك ولا يد الخصوص وتجب الدية على بيت المال لان
تدبير هذه المواضع ومصلحتها الى العامة فكان حفظها عليهم فاذا قصروا
ضمنوا وبيت المال مالهم فيؤخذ من بيت المال وكذلك لا قسامة في قتيل
يوجد في سوق العامة وهي السوق التي ليست بمملوكة وهي سوق السلطان لانها
اذا لم تكن مملوكة وليست لاحد عليها يد الخصوص كانت كالشوارع العامة
لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا تجب القسامة وتجب الدية لان
حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير وبيت المال
مال عامة المسلمين فيؤخذ منه وكذا اذا وجد في مسجد جماعتهم لا قسامة
والدية على بيت المال لانه لا ملك لاحد فيه ولا يد الخصوص ويد العموم
توجب الدية لا القسامة لما بينا فان كان السوق ملكا تجب القسامة
والدية لكن على من تجب فيه اختلاف نذكره في موضعه ولا قسامة في قتيل
يوجد في السجن لانعدام الملك ويد الخصوص لانه لا تصرف لاهل السجن
في السجن لكونهم مقهورين فيه وتجب الدية على بيت المال لان يد العموم
ثابتة عليه لان منفعة السجن لعامة المسلمين لانه بني لاستيفاء حقوقهم
ودفع الضرر عنهم ويد العموم توجب الدية لا القسامة وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القسامة والدية على اهل السجن لان
لهم ضرب تصرف في السجن وكان لهم يد على السجن فعليهم حفظه ومنها
ان لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية

في

في قنه او مدبره او ام ولده او مكاتبه او مأذونه وجد قتيلا في دار مولاه لانه ملكه
ووجوده في داره قتيلا كمباشرته القتل منه وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان
الا ان في المكاتب يجب على المولى قيمته لانه فيما يرجع الى كسبه وارش جنايته
حر وكان كسبه وارشه له والمولى فيه كالاجنبي ولا تعقله العاقلة لانه
اذا صار مضمونا بعقد الكتابة والعقد ثبت في حق المولى والمكاتب لا في حق
العاقلة وفي المأذون عليه قيمته لغرمائه ان كان عليه دين لتعلق حق الغرماء بماليته
وقد استهلك حقهم بالقتل باستهلاك محل الحق فيجب عليه قيمته لغرمائه
وتكون حالة في ماله لان هذا ليس ضمان النفس لان نفسه ملك المولى بل هذا ضمان
المال لتعلق حق الغرماء بماليته فكان هذا ضمان الاستهلاك فيكون في ماله
حالة لا مؤجلة كما لو استهلكه بالاعتاق وان لم يكن عليه دين لا شيء فيه وكذلك
ان قتله عمدا وكذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى
المولى قيمته حالة وكذلك ان قتله خطأ وهو لا يعلم بجنايته لما قلنا ولو وجد
العبد الرهن قتيلا في دار الراهن او المرتهن فان وجد قتيلا في دار الراهن
فلا قسامة والقيمة على رب الدار دون العاقلة لانه ملكه وقتل الانسان
ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وانما وجب الضمان بعقد الرهن والعقد
ثبت في حق الراهن والمرتهن لا في حق العاقلة فلا يلزم حكمه العاقلة وان
وجد في دار المرتهن فالقسامة والقيمة على عاقلته لان هذا الضمان لا يجب
بالعقد وانما يجب بالجناية لان وجوده في داره قتيلا كمباشرته القتل منه
كعبد ليس برهن وجد في داره قتيلا وثمة القسامة والقيمة عليه كذا ههنا
واما بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبهما هو
التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتيل ممن وجب عليه
النصرة والحفظ لانه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ
صار مقصرا بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وحملا
على تحصيل الواجب وكل من كان اخص بالنصرة والحفظ كان اولى بتحمل
القسامة والدية لانه اولى بالحفظ فكان التقصير منه ابلغ ولانه اذا اختص
بالموضع ملكا او يدا بالتصرف كانت منفعته له وكانت النصرة عليه
اذ الخراج بالضمان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى لها
ما كسبت وعليها ما اكتسبت ولان القتيل اذا وجد في موضع اختص به واحد
او جماعة اما بالملك او باليد وهو التصرف فيه فيتهمون انهم قتلوه فالشرع الزمهم

القسامة دفعا للتهمة والدية لوجود القتيل بين اظهرهم والى هذا المعنى اشار
عمر رضي الله عنه حين ما قيل له اتبذل اموالنا وايماننا فقال اما ايمانكم فلحقن
دمايكم واما اموالكم فلوجود القتيل بين اظهركم واذا عرف هذا فنقول
اذا وجد قتيل في المحلة فالقسامة والدية على اهل المحلة للاحاديث واجماع
الصحابة على ما ذكرنا ولان حفظ المحلة عليهم ونفع ولاية التصرف في المحلة
عايد اليهم وهم المتهمون في قتله فكانت القسامة والدية عليهم وكذا اذا وجد
في مسجد المحلة او في طريق المحلة لما قلنا فيحلف منهم خمسون فان لم يكمل العدد
خمسين رجلا تكرر عليهم الايمان حتى تكمل خمسين يمينا لما روي عن عمر
رضي الله عنه انه حلف رجال القسامة وكانوا تسعة واربعين رجلا فاخذ
منهم واحدا وكرر عليه اليمين حتى كملت خمسين يمينا وكان ذلك بحضرة الصحابة
رضي الله عنهم ولم ينقل انه خالفه احد فيكون اجماعا ولان هذه الايمان حق
ولي القتيل فله ان يستوفيها ممن يمكن استيفاوها منه فان امكن الاستيفا
من عدد الرجال الخمسين استوفي وان لم يمكن يستوفي عدد الايمان التي هي
حقه وان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر اليمين على بعضهم ليس له ذلك
كذا ذكر محمد رحمه الله لان موضوع هذه الايمان على عدد الخمسين في الاصل لا
على واحد وانما التكرار على واحد لضرورة نقصان العدد ولا ضرورة عند
الكمال وان كان في المحلة قبايل شتى فان كان فيها اهل الخطة والمشترون
فالقسامة والدية على اهل الخطة ما بقي منهم واحد في قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف عليهم وعلى المشترين جميعا وجه قول ابي يوسف ان الوجوب
على اهل الخطة باعتبار الملك والملك ثابت للمشترين ولهذا اذا لم يبق من
اهل الخطة احد كانت القسامة على المشترين وجه قولهما ان اهل الخطة
اصول في الملك لان ابتدا الملك ثبت لهم وانما انتقل عنهم الى المشترين فكانوا — فكانوا اخص بنصرة المحلة وحفظها من المشترين صح
اولى بايجاب القسامة والدية عليهم وكان المشترك بينهم كالاجنبي فما بقي
واحد منهم لا ينتقل الى المشتري وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله بنى الجواب على ما
شاهد بالكوفة وكان تدبير اهل المحلة فيها الى اهل الخطة وابو يوسف
راى التدبير الى الاشراف من اهل المحلة كانوا من اهل الخطة او لا فبنى الجواب
على ذلك فعلى هذا لم يكن بينهما خلاف في الحقيقة لان كل واحد منهما عول
على معنى الحفظ والنصرة فان فقد اهل الخطة وكان في المحلة ملاك وسكان — ومحمد صح
فالدية على الملاك لا على السكان عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف

عليهم

53

عليهم جميعا لابي يوسف ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب القسامة على
اهل خيبر وكانوا سكانا ولان للساكن اختصاصا بالدار يدا كما ان للمالك
اختصاصا بها ملكا ويد الخصوص تكفي لوجوب القسامة وجه قولهما
ان المالك اخص بحفظ الموضع وتصرفه من السكان لان اختصاصهم اختصاص
ملك وانه اقوى من اختصاص اليد الا ترى ان السكان يسكنون زمانا ثم ينتقلون
واما ايجاب القسامة على يهود خيبر فممنوع انهم كانوا سكانا بل كانوا ملاكا
فانه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقرهم على املاكهم ووضع الجزية
على روسهم وما كان يوخذ منهم كان يوخذ على وجه الجزية لا على سبيل
الاجرة ولو وجد قتيل في سفينة فان لم يكن معهم ركاب فالقسامة والدية
على ارباب السفينة وعلى من يمدها ممن يملكها او لا يملكها وان كان فيها
معهم ركاب فعليهم جميعا وهذا في الظاهر يويد قول ابي يوسف في — بلغ
ايجاب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا وابو حنيفة ومحمد
يفرقان بين السفينة والمحلة لان السفينة تنقل وتحول من مكان الى
مكان فيعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة اذا وجد عليها قتيل بخلاف
الدار فانها لا تحتمل النقل والتحويل فيعتبر فيها الملك ما امكن لا اليد
وكذلك العجلة حكمها حكم السفينة لانها تنقل وتحول ولو وجد القتيل
معه رجل يحمله على ظهره فعليه القسامة والدية لان القتيل في يده ولو وجد
جريح معه به رمق يحمله حتى اتى به اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لا
يضمن عند ابي يوسف وقال ابو يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن
وجه القياس ان الحامل قد ثبتت يده عليه مجروحا فاذا مات من الجرح
فكانه مات في يده وهذا تفريع على من جرح في قبيلة فتحامل الى قبيلة اخرى
فمات فيهم وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم وكذلك اذا كان على دابة ولها سايق
او قايد او عليها راكب فعليه القسامة والدية لانه في يده وان اجتمع السايق
والقايد والراكب فعليهم جميعا لان القتيل في ايديهم فصار كانه وجد في دارهم
وان وجد على دابة لا سايق لها ولا قايد ولا راكب عليها فان كان ذلك الموضع
ملكا لاحد فالقسامة والدية على المالك وان كان لا مالك له فعلى اقرب
المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من الامصار والقرى وان كان بحيث لا يسمع
فهو هدر لما بينا فيما تقدم وان وجدت في محلة فعلى اهل تلك المحلة وكذلك ان — الدابة صح
وجد في فلاة من الارض انه ينظر ان كان المكان الذي وجد فيه ملكا لانسان — ذلك صح

فالقسامة والدية عليه وان لم يكن له مالك فعلي اقرب المواضع اليه من
الامصار والقري اذا كان بحيث يبلغ الصوت منها اليه فان كان بحيث لا يبلغ
فهو هدر لما قلنا وذكر في الاصل في قتيل وجد بين قريتين انه يقاس
الي اقربهما لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان رسول الله صلي
الله عليه وسلم امر بان يذرع بين قريتين في قتيل وجد بينهما وكذلك
روي عن عمر رضي الله عنه في قتيل وجد بين وادعة وارحب وكتب
اليه عامله بذلك فكتب اليه عمر رضي الله عنه ان قس بين القريتين فايهما
كان اقرب فالزمهم فوجد القتيل الي وادعة اقرب فالزموا القسامة
والدية وذلك كله محمول علي ما اذا كان بحيث يبلغ الصوت الي الموضع الذي
وجد فيه القتيل كذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل حكاه الكرخي والفقه
ما ذكرنا فيما تقدم وكذا اذا وجد بين سكتين فالقسامة والدية علي اقربهما
وان وجد في المعسكر في فلاة من الارض فان كانت الارض التي وجد فيها
لها ارباب فالقسامة والدية علي ارباب الارض لانهم اخص بنصرة الموضع
وحفظه فكانوا اولي بايجاب القسامة والدية عليهم جميعا وان لم يكن
في ملك احد بان وجد في خبا او فسطاط فعلي من يسكن الخبا والفسطاط
وعلي عواقلهم القسامة والدية لان صاحب الخيمة اخص لموضع الخيمة من
اهل العسكر بمنزلة صاحب الدار مع اهل المحلة ثم القسامة علي صاحب الدار
اذا وجد فيها قتيل لا علي اهل المحلة كذا هاهنا وان وجد خارجا من الفسطاط
والخبا فعلي اقرب الاخبية والفساطيط منهم القسامة والدية كذا ذكر في
ظاهر الرواية لان الاقرب اولي بايجاب القسامة والدية لما ذكرنا وعن
ابي حنيفة اذا وجد بين الخيام فالقسامة والدية علي جماعتهم كالقتيل
يوجد في المحلة جعل الخيام المحمولة كالمحلة علي هذه الرواية هذا اذا لم يكن
العسكر لقوا عدوا فقاتلوا فلا قسامة ولا دية في قتيل يوجد بين
اظهرهم لانهم اذا لقوا عدوا وقاتلوا فالظاهر ان العدو قتله لا المسلمون
اذ المسلمون لا يقتل بعضهم بعضا ولو وجد قتيل في ارض رجل الي جانب
قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فالقسامة والدية علي صاحب
الارض لا علي اهل القرية لان صاحب الارض اخص بنصرة ارضه وحفظها من اهل
القرية فكان اولي بايجاب القسامة والدية عليه كصاحب الدار مع اهل المحلة
ولو وجد قتيل في دار انسان وصاحب الدار من اهل القسامة فالقسامة والدية

بقعا ضياف

وهذا على اصل ابي حنيفة ومحمد لان العسكر كالسكان والقسامه على المُلّاك لا على السكان على اصلهما فاما على اصل ابي يوسف فالقسامة والدية عليهم م

فان كانوا قد لقوا عدوًا م

54

علي صاحب الدار وعلي عاقلته كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بينما اذا كانت عاقلته
حضورا او غيبا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان القسامة علي رب الدار
وعلي عاقلته حضورا كانوا او غيبا وقال ابو يوسف لا قسامة علي العاقلة
هكذا ذكر فيه وقال الكرخي ان كانت العاقلة حضورا في المصر دخلوا في
القسامة وان كانت غايبة فالقسامة علي صاحب الدار تكرر عليه الايمان
والدية عليه وعلي عاقلته اما دخول العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا
فهو قول ابي حنيفة ومحمد وظاهر قول ابي يوسف لا قسامة علي العاقلة
يقتضي ان لا يدخلوا في القسامة وجه قول زفر انه لما لزمتهم الدية
تلزمهم القسامة كاهل المحلة ولابي يوسف ان صاحب الدار اخص بالنصرة
وبالولاية والتهمة فلا تشاركه العاقلة كما لا يشارك اهل المحلة غيرهم وجه
قولهما ان العاقلة اذا كانوا حضورا يلزمهم حفظ الدار ونصرتها كما يلزم
صاحب الدار ولانه يتهمون بالقتل كما يتهم صاحب الدار فقد شاركوه في
سبب وجوب القسامة فيشاركوه في القسامة ايضا وبهذا يقع الفرق
بين حال الحضور والغيبة علي ما ذكره الكرخي لان معني التهمة ظاهر الانتفا
من الغيبة وكذا معني النصرة لانه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهتهم
الا انه يجب عليهم الدية لان وجوب الدية علي العاقلة لا يتعلق بالتهمة فانهم
يتحملون عن القاتل المعين اذا كان صبيا او مجنونا او خاطئا وسوا كانت
الدار فيها ساكن او كانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قتيل فعلي رب الدار
وعلي عاقلته القسامة والدية اما علي اصل ابي حنيفة ومحمد فظاهر لانهما يعتبران
الملك دون السكني فكان وجود السكني فيها والعدم بمنزلة واحدة واما
ابو يوسف فانما يوجب علي الساكن لاختصاصه بالدار يدا ولم يوجد هاهنا
وسوا كان الملك الذي وجد فيه القتيل خاصا او مشتركا فالقسامة والدية
علي ارباب الملك لما قلنا وسوا اتفق قدر انصبا الشركا او اختلف فالقسامة
والدية علي ارباب الملك بينهم بالسوية حتي لو كانت الدار بين رجلين
لاحدهما الثلثان وللاخر الثلث فالقسامة عليهما وعلي عاقلتهما نصفان
ويعتبر في ذلك عدد الروس لا قدر الانصبا كما في الشفعة لان حفظ الدار
واجب علي كل واحد منهما والحفظ لا يختلف ولهذا تساويا في استحقاق
الشفعة لان الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل وانه لا يختلف باختلاف
قدر الملك وذكر في الجامع الصغير فيمن باع دارا فوجد فيها قتيل قبل ان

فعلى من تصير الدار له في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف الدية على مالك الدار ان لم يكن في البيع خيار فان كان فيه خيار

يقبضها المشتري ان القسامة والدية على البايع ان لم يكن في البيع خيار
وان كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وعند زفر الدية على المشتري
الا ان يكون للبايع خيار فتكون الدية عليه وجه قول زفر ان الملك اذا لم للمشتري
يكن فيه خيار وكذا اذا كان الخيار للمشتري لان خيار المشتري لا يمنع دخول
المبيع في ملكه عنده وكذا اذا كان الخيار للبايع فالملك له لان خياره يمنع زوال
المبيع عن ملكه بلا خلاف وجه قولهما انه اذا لم يكن فيه خيار فالملك
للمشتري وانما للبايع صورة يد من غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها
في القسامة كيد المودع فكانت القسامة والدية على المشتري واذا كان
فيه خيار فعلى من تصير الدار له لانها ان صارت للبايع فقد انفسخ البيع
وجعل كانه لم يكن وان صارت للمشتري فقد انبرم البيع وتبين انه ملكها
بالعقد من حين وجوده فاما تصحيح مذهب ابي حنيفة فمشكل من حيث الظاهر
لانه يعتبر الملك فيما يحتمل النقل والتحويل لا اليد وان كانت اليد يد تصرف
كيد الساكن والثابت للبايع صورة يد من غير تصرف فاولى ان لا يعتبره لكن
لا اشكال في الحقيقة لان الوجوب بترك الحفظ والحفظ باليد حقيقة الا انه
يضاف الحفظ الى الملك لان استحقاق اليد به عادة فيقام مقام اليد وكانت
الاضافة الى ما به حقيقة الحفظ اولى الا ان مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة
بالملك وهذه يد مستحقة بالملك بخلاف يد الساكن واذا وجد رجل قتيلا
في دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا شيء فيه وهو قول زفر والحسن بن زياد وروي عن
ابي حنيفة مثل قولهم وجه قولهم ان القتل صادفه والدار ملكه وانما صار
ملك الورثة عند الموت والموت ليس بقتل لان القتل فعل القاتل ولا صنع لاحد
في الموت بل هو من صنع الله تعالى فلم يقتل في ملك الورثة فلا سبيل الى
ايجاب الضمان على الورثة وعواقلهم ولان وجوده قتيلا في دار نفسه بمنزلة
مباشرة القتل بنفسه كانه قتل نفسه بنفسه فيكون هدرا ولابي حنيفة
ان المعتبر في القسامه وقت ظهور القتيل لا وقت وجود القتل بدليل ان
من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية والدار وقت ظهور القتيل لورثته وكانت
القسامة والدية عليهم وعلى عواقلهم كما لو وجد قتيلا في دار ابنه فان قيل
كيف تجب الدية عليهم وعلى عواقلهم وان الدية تجب لهم فكيف تجب لهم وعليهم
وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم ايضا وفيه ايجاب لهم وعليهم وهذا ممتنع فالجواب

ممنوع

55

ممنوع ان الدية تجب لهم بل للقتيل لانها بدل نفسه فتكون له وبدليل
انه يجهز منها ويقضي منها ديونه وينفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته
تستحقه الورثة لاستغناء الميت عنه والورثة اقرب الناس اليه وصار كما
لو وجد الاب قتيلا في دار ابنه او بئر حفرها ابنه اليس انه تجب القسامة
والدية على الابن وعلى عاقلته ولا يمتنع ذلك لما قلنا كذا هذا وان اعتبرنا
وقت وجود القتل فهو ممكن ايضا لانه يجب على عاقلته لتقصيرهم في حفظ
الدار فتجب عليهم الدية حقا للمقتول ثم ينتقل منه الى ورثته عند فراغه
عن حاجته وذكر محمد رحمه الله اذا وجد ابن الرجل او اخوه قتيلا في داره
ان على عاقلته دية ابنه ودية اخيه وان كان هو وارثه لما ذكرنا ان
وجود القتيل في الدار كمباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلته ذلك للمقتول
ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو وجد مكاتب قتيلا في دار نفسه
فدمه هدر لان داره في وقت ظهور القتيل ليست لورثته بل هي على حكم
ملك نفسه الى ان يؤدي بدل الكتابة فصار كانه قتل نفسه فهدر دمه
رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف
يضمن الاخر الدية وقال محمد لا ضمان عليه وجه قوله انه يحتمل انه
قتله صاحبه ويحتمل انه قتل نفسه فلا يجب الضمان بالشك ولابي يوسف
ان الظاهر انه قتله صاحبه لان الانسان لا يقتل نفسه ظاهرا وغالبا
فاحتمال الخلاف الظاهر ملحقا بالعدم الا ترى ان مثل هذا الاحتمال ثابت في
قتيل المحلة فلا يعتبر **فصل** واما بيان من يدخل في القسامة والدية
بعد وجوبهما ومن لا يدخل في ذلك فنقول وبالله العصمة الصبي والمجنون
لا يدخلان في القسامة لان القسامة يمين وهما ليسا من اهل اليمين ولهذا
لا يستحلفان في ساير الدعاوي ولان القسامة تجب على من هو من اهل النصرة
وهما ليسا من اهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما اذا
وجد القتيل في ملكهما لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة وهل يدخلان
في الدية مع العاقلة فان وجد القتيل في غير ملكهما كالمحلة وملك الانسان
لا يدخلان فيها وان وجد في ملكهما يدخلان لان وجود القتيل في ملكهما
كمباشرتهما القتل وهما مواخذان بضمان الافعال وعلى قياس ما ذكره
الطحاوي لا يدخلان في الدية مع العاقلة اصلا لكنه ليس بسديد لان هذا
ضمان القتل والقتل فعل والصبي والمجنون مواخذان بافعالهما ولا يدخل

ط في اي موضع وجد القتيل سواء وجد في غير ملكهما او في ملكهما ٣

العبد المحجور والمدبر وام الولد في القسامة والدية لان هولاء لا يستنصر بهم
عادة وليسوا من اهل ملك المال ايضا فلا تلزمهم الدية واما الماذون
والمكاتب فلا يخلو ان في قسامة وجبت في قتيل وجد في غير دارهما ط وان وجد في دارهما م
اما الماذون ان لم يكن عليه دين فلا قسامة عليه بل على مولاه وعاقلته استحسانا
والقياس ان تجب عليه القسامة واذا حلف يخاطب المولى بالدفع او الفدا
وجه القياس ان العبد من اهل اليمين الا ترى انه يستحلف في الدعاوى
ووجود القتيل في داره بمنزلة مباشرته القتل خطا ولو قتله خطا يخير المولى
بين الدفع والفدا كذا هذا وجه الاستحسان ان فايدة الاستحلاف في باب
القسامة ليست هو النكول لانه لا يقضي بالنكول في هذا الباب بل يحبس
حتى يحلف او يقر ولو اقر بالقتل خطا لا يصح اقراره لانه اقرار على مولاه فلم يكن
الاستحلاف مفيدا فلا تجب عليه القسامة وتجب على المولى وعلى عاقلته
لان الملك له وان كان عليه دين فينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان تجب
القسامة على العبد لان المولى لا يملك كسب عبد الماذون المديون عنده فلا
يملك الدار وفي الاستحسان تجب على المولى لان المولى ان كان لا يملكها فالغرما
لا يملكونها ايضا والعبد لا ملك له والمولى اقرب الناس اليه فكانت القسامة
عليه معا ان للمولى حقا في الدار وهو حق استخلاصها لنفسه بقضا دين الغرما
فكان اولى بايجاب القسامة واما المكاتب اذا وجد قتيل في داره فعليه
الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل في داره كمباشرته القتل ولا يكون
على مولاه كما لا يكون عليه في مباشرته وهل تجب عليه القسامة ذكر القاضي
في شرحه مختصر الطحاوي انه تكرر عليه الايمان فان حلف يجب عليه الاقل
من قيمته ومن الدية الا قدر عشرة دراهم لان عاقلة المكاتب نفسه وتكون
القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية
المدبر ولو كان القتيل مولى المكاتب كان عليه الاقل من قيمته ومن الدية لان
وجود القتيل في داره كمباشرته القتل وتكون القيمة حالة لا موجلة لما قلنا
ولا تدخل المراة في القسامة والدية في قتيل يوجد في غير ملكها لان وجوبها
بطريق النصرة وهي ليست من اهلها وان وجد في دارها او في قرية لها لا يكون
بها غيرها عليها القسامة تستحلف ويكرر عليها الايمان وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف القسامة عليها لا على عاقلتها لابي يوسف ان لزوم
القسامة للزوم النصرة وهي ليست من اهل النصرة فلا تدخل في القسامة ولهذا

لم تدخل مع اهل المحلة وجه قولهما ان سبب الوجوب على المالك هو الملك مع اهلية
القسامة وقد وجد في حقها اما الملك فثابت لها واما الاهلية فلان القسامة
يمين وانها من اهل اليمين الا ترى انها تستحلف في ساير الحقوق ومعنى النصرة
يراعى وجوده في الجملة لا في كل فرد كالمشقة في السفر وهل تدخل مع العاقلة
في الدية ذكر الطحاوي ما يدل على انها لا تدخل فانه قال لا يدخل القاتل في التحمل
الا ان يكون ذكرا بالغا عاقلا فاذا لم تدخل عند وجود القتل منها عينا فها هنا اولى
واصحابنا قالوا ان المراة تدخل مع العاقلة في الدية في هذه المسلة وانكروا على
الطحاوي قوله وقالوا ان القاتل يدخل في الدية بكل حال ويدخل في القسامة
والدية الاعمى والمحدود في القذف والكافر لانهم من اهل الاستحلاف والحفظ

فصل واما ما يكون ابرا عن القسامة والدية فنوعان نص ودلالة
اما النص فهو التصريح بلفظ الابرا وما يجري مجراه كقوله ابرات او اسقطت
او عفوت ونحو ذلك لان ركن الابرا صدر ممن هو من اهل الابرا في محل قابل للبراة
فيصح واما الدلالة فهي ان يدعي ولي القتيل على رجل من غير اهل المحلة فيبرا
اهل المحلة عن القسامة والدية لان ظهور القتيل في المحلة لم يدل على كون
هذا المدعى عليه قاتلا فاقدام الولي على الدعوى عليه يكون نفيا للقتل عن اهل
المحلة فيتضمن براتهم عن القسامة والدية فان اقام البينة على المدعى عليه والا
حلف فان حلف بري وان نكل حبس حتى يحلف او يقر في قول ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد يقضى بالدية ولو شهد اثنان من اهل المحلة للولي بهذه
الدعوى لا تقبل شهادتهما في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تقبل
وجه قولهما ان المانع من القبول قبل الدعوى كانت التهمة وقد زالت بالبراة
فلا معنى لرد الشهادة ولابي حنيفة رحمه الله انه تمكنت التهمة في شهادتهم
من وجهين احدهما ان من الجايز انه ابراهم ليتوسل بالابرا الى تصحيح شهادتهم
والثاني انه احسن اليهم بالابرا حيث اسقط القسامة والدية عنهم فمن الجايز
انهم ارادوا بالمكافاة على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحد
فمن وجهين اولى ولان اهل المحلة كانوا خصما في هذه الدعوى فلا تقبل شهادتهم
وان خرجوا بالابرا من الخصومة لان السبب الموجب لكونهم خصما قايم وهو
وجود القتيل فيهم كالوكيل بالخصومة اذا خاصم ثم عزل فشهد لا تقبل شهادته
كذا هذا ولو ادعى ولي القتيل على رجل بعينه من اهل المحلة فالقسامة والدية
بحالها في ظاهر الرواية وروى عبد الله بن المبارك عن ابي حنيفة ان القسامة

تسقط وكذا روي عن محمد وقال ابو يوسف القياس ان تسقط القسامة الا انا
تركناه للاثر وجه رواية ابن المبارك ان تعيين الولي واحدا منهم ابرا عن
الباقين دلالة فسقط عنهم القسامة كما لو ابراهم نصا وجه ظاهر الرواية
ان القاتل احد اهل المحلة ظاهرا فالولي كذلك الا انه عين وهو متهم في
التعيين فلا يعتبر تعيينه الا بالبينة فلا يتغير حكم القسامة الا بها وان
اقام البينة من غير اهل المحلة علي دعواه يقضي بها فيجب القصاص في العمد
والدية في الخطا ولو شهد شاهدان من المحلة عليه لا تقبل شهادتهما علي
ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لان الخصومة بعد هذه الدعوي قايمة وكان
الشاهد خصما لانه يقطع الخصومة عن نفسه بشهادته ولا شهادة للخصم
فاذا لم تقبل شهادة اهل المحلة عليه ولم تقم بينة اخري وبقيت القسامة
علي اهل المحلة حتي تكمل خمسون رجلا من اهل المحلة ثم كيف تستحلف
الشهود من اهل المحلة عند ابي حنيفة ومحمد يحلفون بالله ما قتلناه وما علمنا
له قاتلا غير فلان وعند ابي يوسف يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزادون
علي ذلك لان عندهم ان المشهود عليه قاتل فلا سبيل الي استحلافهم علي العلم وما
قاله ابو حنيفة ومحمد رحمه الله عليهما اولي لان فيما قالاه مراعاة موضوع القسامة
وهو الجمع بين اليمين علي البتات والعلم بالقدر الممكن فيمن وراء المستثني وفيما
قاله ابو يوسف ترك اليمين علي العلم اصلا فكان ما قالاه اولي ولو ادعي اهل
تلك المحلة علي رجل منهم او من غيرهم تصح دعواهم فان اقاموا البينة علي
ذلك الرجل يجب القصاص في العمد والدية في الخطا ان وافقهم الاوليا في
الدعوي علي ذلك الرجل وان لم يوافقوهم في الدعوي عليه لا يجب عليه شي لان
الاوليا قد ابراوه حيث انكروا وجود القتل منه ولا يجب علي اهل المحلة ايضا
شي لانهم اثبتوا القتل علي غيرهم وان لم تقم لهم البينة وحلف ذلك الرجل
تجب القسامة علي اهل المحلة ثم كيف يحلفون فهو علي الاختلاف الذي ذكرنا
والله اعلم **فصل** واما الجناية علي ما دون النفس مطلقا فالكلام في
هذه الجناية يقع في موضعين احدهما في بيان انواعها والثاني في بيان
حكم كل نوع منها اما الاول فالجناية علي ما دون النفس مطلقا انواع
اربعة احدها ابانة الاطراف وما يجري مجري الاطراف والثاني اذهاب
معاني الاطراف مع ابقا اعيانها والثالث الشجاج والرابع الجراح اما النوع
الاول فقطع اليد والرجل والاصبع والظفر والانف واللسان والذكر

والانثيين

علي جاها لها يحلف المدعي عليه والشاهدان من اهل المحلة م

والانثيين والاذن والشفة وفقو العينين وقطع الاشفار والاجفان وقلع
الاسنان وكسرها وحلق شعر الراس واللحية والحاجبين والشارب
واما النوع الثاني فتفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع
والايلاد والبطش والمشي وتغيير لون السن الي السواد والحمرة والخضرة
ونحوها مع قيام المحال التي تقوم بها هذه المعاني ويلحق بهذا الفصل اذهاب
العقل واما النوع الثالث فالشجاج احد عشر اولها الحارصة ثم الدامعة
ثم الدامية ثم الباضعة ثم المتلاحمة ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة ثم المنقلة
ثم الامة ثم الدامغة فالحارصة هي التي تحرص الجلد اي تشقه ولا يظهر منها الدم
ولا يسيل كالدمع في العين والدامية هي التي يسيل منها الدم والباضعة هي
التي تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب من اللحم اكثر مما تذهب
الباضعة فيه هكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله وقال محمد المتلاحمة قبل
الباضعة وهي التي يتلاحم منها الدم ويسود والسمحاق هي التي تقطع الجلد
واللحم وتصل الي جلدة رقيقة فوق العظم والسمحاق اسم تلك الجلدة الا ان
الجراحة سميت بها والموضحة هي التي تقطع السمحاق وتوضح العظم اي تظهره
والهاشمة هي التي تهشم العظم اي تكسره والمنقلة هي التي تنقل العظم بعد الكسر
اي تحوله من موضع الي موضع والامة هي التي تصل الي ام الدماغ وهي جلدة تحت
العظم فوق الدماغ والدامغة هي التي تخرق تلك الجلدة وتصل الي الدماغ
فهي الحد في عشرة شجة ومحمد رحمه الله ذكر الشجاج تسعة ولم يذكر
الحارصة ولا الدامغة لان الحارصة لا يبقي لها اثر عادة والشجة التي لا
يبقي لها اثر لا حكم لها في الشرع والدامغة لا يعيش الانسان معها عادة بل
يصير نفسا ظاهرا وغالبا فتخرج من ان تكون شجة فلا معني لبيان حكم
الشجة فيها لذلك ترك محمد رحمه الله ذكرهما والله اعلم واما النوع الرابع
فالجراح نوعان جايفة وغير جايفة فالجايفة هي التي تصل الي الجوف
والمواضع التي تنفذ الجراحة منها الي الجوف هي الصدر والظهر والبطن
والجنبان وما بين الانثيين والدبر ولا يكون في اليدين والرجلين
ولا في الرقبة والحلق جايفة لانه لا يصل الي الجوف وروي عن ابي يوسف
ان ما وصل من الرقبة الي الموضع الذي لو وصل اليه الشراب فطره يكون جايفة
لانه لا يفطر الا اذا وصل الي الجوف ولا تكون الشجة الا في الراس والوجه
وفي مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدين

والدامعة هي التي يظهر منها الدم م

هي التي صح

ولا تكون الا في الراس والوجه وفي الموضع الذي يتخلص منه الى الدماغ لا
يثبت حكم هذه الجراحات في كل البدن وهذا غير سديد لان هذا القايل
ان رجع في ذلك الى اللغة فهو غلط لان العرب تفصل بين الشجة وبين
مطلق الجراحة فتسمي ما كان في الراس والوجه في مواضع العظم منها شجة
وما كان في سائر البدن جراحة فتسمية الكل شجة يكون غلطا في اللغة وان
رجع فيه الى المعنى فهو خطا لان حكم هذه الشجاج يثبت للشين الذي يلحق
المشجوج ببقاء اثرها بعد البرء ولم يبق لها اثر لم يجب بها ارش
والشين انما يلحق فيما يظهر من البدن وذلك هو الوجه والراس فاما ما سواهما
فلا يظهر بل يغطى عادة فلا يلحق الشين فيه مثل ما يلحق في الوجه
والراس **فصل** واما احكام هذه الانواع فهذه الانواع مختلفة
الاحكام منها ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها
ما يجب فيها ارش مقدر ومنها ما يجب فيه ارش غير مقدر اما الذي يجب
فيه القصاص فهو الذي استجمع شرايط الوجوب فيقع الكلام في
موضعين احدهما في بيان شرايط وجوب القصاص والثاني في بيان
وقت الحكم بالقصاص اما الاول فنقول شرايط وجوب القصاص انواع
بعضها يعم النفس وما دونها وبعضها يخص ما دون النفس اما الشرايط
العامة فما ذكرنا في بيان شرايط وجوب القصاص في النفس من كون الجاني
عاقلا بالغا متعمدا مختارا وكون المجني عليه معصوما مطلقا لا يكون جزء
الجاني ولا ملكه وكون الجناية حاصلة على طريق المباشرة لما ذكرنا من
الدلايل واما الشرايط التي تخص الجناية فيما دون النفس فمنها المماثلة
بين المحلين في المنافع والفعلين وبين الارشين لان المماثلة فيما دون النفس
معتبرة شرعا النص والمعقول اما النص فقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها
ان النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله تعالى والجروح قصاص فان قيل
ليس في كتاب الله تعالى بيان حكم ما دون النفس لان هذه الاية وانها
اخبار عن حكم التوراة فيكون شريعة من قبلنا وشريعة من قبلنا لا تلزمنا
فالجواب ان من القرا المعروفين من ابتدا الكلام من قوله والعين بالعين
بالرفع الى قوله فمن تصدق به على ابتدا الايجاب لا على الاخبار عما في التوراة
وكان هذا شريعتنا لا شريعة من قبلنا على ان هذا ان كان اخبارا عن شريعة
التوراة لكن لم يثبت نسخه بكتابنا ولا بسنة رسولنا صلى الله عليه وسلم فيصير

م الا في هذه المواضع عند عامة العلماء وقال بعض الناس يثبت حكم هذه الجراحات ٣

م بالعدد الممكن فانعدامها يمنع وجوب القصاص والدليل على ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة ٣

شريعة

م رسولنا الا على انه شريعة ٣

58

شريعة لرسولنا مبتداة فيلزمنا العمل به على انه شريعة من قبلنا من الرسل
على ما عرف في اصول الفقه الا انه لم يذكر وجوب القصاص في اليد
والرجل نصا لكن الايجاب في العين والانف والاذن والسن ايجاب في اليد
والرجل دلالة لانه لا ينتفع بالمذكور من السمع والبصر والشم والسن الا صاحبه
ويجوز ان ينتفع باليد والرجل غير صاحبها فكان الايجاب في العضو المنتفع
به في حقه على الخصوص ايجابا فيما هو منتفع به في حقه وفي حق غيره من طريق
الاولى فكان ذكر هذه الاعضاء ذكرا لليد والرجل بطريق الدلالة كما في التافيف
مع الضرب والشتم على ان في كتابنا حكم ما دون النفس قال الله تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال وان عاقبتم فعاقبوا
بمثل ما عوقبتم به واحق ما يعمل فيه بهاتين الايتين ما دون النفس وقال
تعالى من عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها ونحو ذلك من الايات واما المعقول
فهو ان ما دون النفس له حكم الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالاموال
الا ترى انه يستوفى في الحل والحرم كما يستوفى المال وكذا الوصي يلي استيفا
ما دون النفس للصغير كما يلي استيفا ماله فتعتبر المماثلة كما تعتبر في
اتلاف الاموال ومنها ان يكون المثل ممكن الاستيفا لان استيفا المثل بدون
امكان استيفايه ممتنع فيمتنع وجوب الاستيفا ضرورة ويبتنى على هذين
الاصلين مسايل فنقول وبالله التوفيق لا يوخذ شي من الاطراف الا بمثله فلا
توخذ اليد الا باليد لان غير اليد ليس من جنسها فلم يكن مثلا لها اذ التجانس
شرط للمماثلة وكذا الرجل وكذا الاصبع والعين والانف ونحوها لما قلنا
وكذا الابهام لا يوخذ الا بالابهام والسبابة الا بالسبابة ولا الوسطى الا بالوسطى
ولا البنصر الا بالبنصر ولا الخنصر الا بالخنصر لان منافع الاصابع مختلفة فكانت
كالاجناس المختلفة وكذلك لا توخذ اليد اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا
باليسرى لان لليمين فضلا على اليسار ولذلك سميت يمينا وكذلك الرجل
وكذلك اصابع اليدين والرجلين لا توخذ اليمنى منها الا باليمنى ولا
اليسرى الا باليسرى وكذلك الاعين لما قلنا وكذلك الاسنان لا توخذ
الثنية الا بالثنية ولا الناب الا بالناب ولا الضرس الا بالضرس لاختلاف
منافعها فان بعضها قواطع وبعضها طواحن وبعضها ضواحك واختلاف
المنفعة بين الشيئين يلحقهما بجنسين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس وكذا لا
يوخذ الاعلى منها بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى لتفاوت بين الاعلى والاسفل

في المنفعة ولا يوخذ الصحيح من الاطراف الا بالصحيح منها لا يقطع اليد الصحيحة
بالكاملة الاصابع بناقصة الاصابع او مفصل من الاصابع وكذلك الرجل والاصبع
والاصبع وغيرها لعدم المماثلة بين الصحيح والمعيب وان كان العيب في طرف
الجاني فالمجني عليه بالخيار ان شا اقتص وان شا اخذ ارش الصحيح لان حقه
في المثل وهو السليم ولا يمكنه استيفا حقه من كل وجه مع فوات صفة
السلامة وامكنه الاستيفا من كل وجه ولا سبيل الى الزام الاستيفا حتما
لما فيه من الزام استيفا حقه ناقصا وهذا لا يجوز فيتخير ان شا رضي بقدر حقه
واستوفاه ناقصا وان شا عدل الى بدل حقه وهو كمال الارش كمن اتلف
على انسان شيا له مثل والمتلف جيد فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق
منه الا الردي ان صاحب الحق يكون بالخيار ان شا اخذ الموجود ناقصا
وان شا عدل الى قيمة الجيد لما قلنا كذا هذا ولو اراد المجني عليه ان ياخذ
ويضمنه النقصان هل له ذلك قال اصحابنا ليس له ذلك وقال الشافعي
له ذلك وجه قوله ان حقه في المثل ولا يمكنه استيفاوه من هذه اليد
من كل وجه فيستوفي حقه منها بقدر ما يمكن ويضمنه الباقي
كما لو اتلف على اخر شيا من المثليات فانقطع عن ايدي الناس الا قدر
بعض حقه انه ياخذ القدر الموجود من المتلف ويضمنه قيمة الباقي
كذا هذا ولنا انه قادر على استيفا اصل حقه وانما الفايت هو الوصف
وهو صفة السلامة فاذا رضي باستيفا اصل حقه ناقصا كان ذلك رضا
منه بسقوط حقه عن الصفة كما لو اتلف شيا من ذوات الامثال وهو جيد
فانقطع عن ايدي الناس نوع الجيد ولا يوجد الا الردي منه انه ليس
له الا ان ياخذ او قيمة الجيد كذلك هذا بخلاف ما ذكر من المسلة لان
هناك حق المتلف عليه متعلق بمثل المتلف بكل جزء من اجزايه صورة
ومعنى فكان له ان يستوفي الموجود وياخذ قيمة الباقي وها هنا حق
المجني عليه لم يتعلق الا بالقطع من المفصل دون الاصابع بدليل انه لو اراد ان
يقطع الاصابع ويبرا عن الكف ليس له ذلك فلم تكن الاصابع عين حقه ان كان
البعض فقطع الاصبع بل كانت جارية مجرى الصفة كالجودة في المكيل
ولا يكون له ان يطالب بشي اخر كما في تلك المسلة ولو هلكت الجارحة المعيبة
قبل ان يختار المجني عليه اخذها او قطعها قاطع بطل حق المجني عليه في
القصاص لفوات محله وهل يجب الارش على الجاني فالكلام فيه كالكلام فيما

اذا قطع يدا صحيحة وهو على التفصيل الذي ذكرنا فيما تقدم انها ان سقطت بافة سماوية — هذا م
سماوية او قطعت ظلما لا شي عليه ولو قطعت بحق من قصاص او سرقة فعليه ارش
اليد المقطوعة وعند الشافعي رحمه الله عليه الارش في الوجهين والكلام فيه
راجع الى اصل قد تقدم ذكره وهو ان موجب العمد القصاص عينا عندنا في النفس
وما دونه وعنده احدهما غير عين في قول وفي قول القصاص عينا لكن مع
حق العدول الى المال وقد ذكرنا هذا الاصل بفروعه في بيان حكم الجناية
على النفس الا انه اذا كان القطع بحق يجب الارش لانه قضى بالطرف حقا
مستحقا عليه فصار كانه قايم وتعذر استيفا القصاص لعذر الخطا وغيره على
ما مر ذكره واذا ثبت هذا في الصحيحة فنقول حق المجني عليه كان متعلقا باليد
المعيبة بعينها وانما ينتقل عنها الى الارش عند اختياره فاذا لم يختر حتى
هلكت بقي حقه متعلقا باليد فان قيل اليس انه كان مخيرا بين القصاص
والارش فاذا فات احدهما تعين الاخر قيل له بل حقه كان في اليد على التعيين
الا ان له ان يعدل عنه الى بدله عند الاختيار فاذا هلك قبل الاختيار بقي حقه
في اليد فاذا هلكت فقد بطل محل الحق فبطل الحق اصلا وراسا والله الموفق
ولو كانت يد القاطع صحيحة وقت القطع ثم شلت بعد فلا حق للمقطوع في
الارش لان حقه ثبت في اليد عينا بالقطع فلا ينتقل الى الارش بالنقصان كما اذا
ذهب الكل بافة سماوية انه يسقط حقه اصلا ولا ينتقل الى الارش لما
قلنا ولا قصاص الا فيما يقطع من المفاصل مفصل الزند او مفصل المرفق و — كذا هذا م
مفصل الكف في اليد او مفصل الكعب او مفصل الركبة او مفصل الورك في الرجل
وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه كما اذا قطع من الساعد او من العضد
او الساق او الفخذ لانه يمكن استيفا المثل من المفاصل ولا يمكن من غيرها
وليس في لحم الساعد والعضد والساق والفخذ ولا في الالية قصاص
ولا في لحم الخدين ولحم الظهر والبطن ولا في جلدة الراس وجلدة اليدين اذا
قطعت لتعذر استيفا المثل ولا في اللطمة والوكزة والوجاه والدفعة لما قلنا
ولا يوخذ العدد بالعدد فيما دون النفس مما يجب على احدهما فيه القصاص
لو انفرد كالاثنين اذا قطعا يد رجل او رجله او اصبعه او ذهبا سمعه
او بصره او قلعا سنا له او نحو ذلك من الجوارح التي على الواحد منهما فيه القصاص
لو انفرد به فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك ما زاد على الثلاث
من العدد فهو بمنزلة الاثنين ولا قصاص عليهم وعليهم الارش على عددهم بالسوا

وهذا عندنا وعند الشافعي يجب القصاص عليهم وان كثروا كما في النفس واحتج
بما روي ان رجلين شهدا بين يدي علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة
فامر بقطع يده ثم جا باخر وقالا اوهمنا انما السارق هذا يا امير المومنين
فقال علي رضي الله عنه لا اصدقكما على هذا واغرمكما دية الاول ولو علمت
انكما تعمدتما لقطعت ايديكما فقد اعتقد علي رضي الله عنه قطع اليدين بيد
واحدة وانما قال ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه انكر عليه احد
منهم فيكون اجماعا ولان اليد تابعة للنفس ثم الانفس تقتل بنفس واحدة
فكذا الايدي تقطع بيد واحدة لان حكم التبع حكم الاصل ولنا ان المماثلة
فيما دون النفس معتبرة لما ذكرنا من الدلايل ولا مماثلة بين الايدي ويد واحدة
لا في الذات ولا في المنفعة ولا في الفعل اما في الذات فلا شك فيه لانه لا مماثلة
بين العدد وبين الفرد من حيث الذات تحققا انه لا تقطع الصحيحة بالشلاء
والثابت هو المماثلة من حيث الوصف فقط ففوات المماثلة في الوصف لما
منع جريان القصاص ففواتها في الذات اولى واما في المنفعة فلان من
المنافع ما لا يتاتى الا باليدين م اكثر من منفعة يد واحدة عادة واما في الفعل — م كالكتابة والخياطة ونحو ذلك وكذا منفعة اليدين م
فلان الموجود من كل واحد منهما قطع بعض اليد كانه وضع احدهما السكين
من جانب والاخر من جانب اخر واجرا فقطع كل واحد من كل واحد منهما
وقطع كل اليد اكثر من قطع بعض اليد وانعدام المماثلة من وجه يكفي لجريان
القصاص كيف وقد انعدمت من وجوه واما قول علي رضي الله عنه فلا حجة
له فيه لانه انما قال ذلك على سبيل السياسة والله اعلم ولو قطع رجل يميني — م بدليل انه اضاف القطع الى نفسه وذا لا يكون الا بطريق السياسة م
رجلين تقطع يمينه ثم ان حضرا جميعا فلهما ان يقطعا يمينه ويأخذا منه دية
يد بينهما نصفين وهذا قول اصحابنا وقال الشافعي ان كان على التعاقب يقطع
للاول ويغرم الدية للثاني كما قال في القتل وان كان على الاجتماع يقرع بينهما
فيقطع لمن خرجت قرعته ويغرم للاخر الدية كما قال في النفس وجه
قوله انه اذا قطع على الترتيب صارت يده حقا للاول فلا تصير حقا للثاني
فتجب الدية للثاني واذا قطع اليدين على الاجتماع فقد صارت يده حقا
لاحدهما غير عين فتتعين بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب استحقاق
القصاص فيستويان في الاستحقاق ودليل الوصف ان سبب الاستحقاق قطع
اليد وقد وجد قطع اليد في حق كل واحد منهما فيستحق كل واحد منهما قطع
يده ولا يحصل من كل واحد منهما في يد واحدة الا قطع بعضها فلم يستوف كل

واحد

واحد منهما بالقطع الا البعض حقه فيستوفي الباقي من الارش ولان كل واحد
منهما لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضيا ببعض يده حقا مستحقا
عليه فيجعل كان يده قايمة وتعذر استيفا القصاص لعذر فتجب الدية وقوله
صارت يده حقا لمن له القصاص ممنوع فان ملك القصاص ليس بملك المحل بل
هو ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفا لان حرية من عليه تمنع ثبوت الملك
لانها تنبي عن الخلوص والملك في المحل بثبوت فيه فينافيه الخلوص والدليل
عليه انه لو قطعت يده بغير حق كانت الدية له ولو صارت يده مملوكة لمن له
القصاص لكانت الدية له دل ان ملك القصاص ليس هو ملك المحل بل ملك
الفعل وهو اطلاق الاستيفا ولا تنافي فيه فاطلاق الاستيفا للاول لا يمنع
اطلاق استيفا الثاني وهذا بخلاف النفس ان الواحد يقتل بالجماعة
اكتفا لان هناك كل واحد منهم استوفى حقه على الكمال لان حقه في القتل
وكل واحد منهم استوفى القتل بكماله لما ذكرنا في الجناية على النفس فيما تقدم
وان حضر احدهما والاخر غايب فللحاضر ان يقتص ولا ينتظر الغايب لما
ذكرنا ان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد وانما المانع من استيفا الكل حكم
التزاحم بحكم المشاركة في الاستيفا فاذا كان احدهما غايبا فلا يزاحم الحاضر فكان
له ان يستوفي كاحد الشفيعين اذا حضر يقضى له بالشفعة في كل المبيع ولان
حق الحاضر ثابت في كل اليد واراد الاستيفا والغايب قد يحضر وقد
لا يحضر وقد يطالب بعد الحضور وقد يعفو فلا يجوز تاخير حق الحاضر
في الاستيفا والمنع منه للحال بعد طلبه لامر محتمل ولهذا قضي بالشفعة
لاحد الشفيعين اذا حضر وطلب ولا ينتظر حضور الغايب كذا هذا وللاخر
دية يد على القاطع لانه تعذر استيفا حقه بعد ثبوته فيصار الى البدل
ولان للقاطع يدا حقا مستحقا عليه فتلزمه الدية وان عفا احدهما بطل
حقه وكان للاخر القصاص اذا كان العفو قبل قضا القاضي بالاجماع لان حق
كل واحد منهما ثابت في اليد على الكمال فالعفو من احدهما لا يوثر في حق الاخر
كما في القصاص في النفس وكذلك لو عدا احدهما على القاطع فقطع يده فقد
استوفى حقه وللاخر الدية لما ذكرنا واما اذا قضى القاضي بالقصاص بينهما
ثم عفا احدهما فللاخر ان يستوفي القصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف
استحسانا وقال محمد اذا قضى القاضي بالقصاص في اليد بينهما نصفين
وبدية اليد بينهما نصفين ثم عفا احدهما بطل القصاص وجه قوله

ان حق كل واحد منهما وان كان ثابتا في اليد لكن القاضي لما قضى بالقصاص بينهما فقد
اثبت الشركة بينهما فصار كل واحد منهما في البعض فاذا عفا احدهما سقط (حق صح)
البعض ولا يتمكن الاخر من استيفا الكل وجه قولهما ان قضا القاضي بالشركة
لم يصادف محله لان الشرع ما ورد بوجوب القطع في بعض اليد فيلحق بالعدم
او يجعل مجازا عن الفتوى كانه افتى بما يجب لهما وهو ان يجتمعا على القطع ويأخذا
الدية بينهما فكان عفو احدهما بعد القضا كعفوه قبله ولو قضى القاضي بالدية
بينهما فقبضاها ثم عفى احدهما لم يكن للاخر القصاص وينقلب نصيبه مالا
لانهما قبضا الدية فقد ملكاها وثبوت الملك في الدية يقتضي ان لا يبقى الحق (لما م)
في كل اليد فسقط حق كل واحد منهما عن نصف الدية فاذا عفا احدهما لا يثبت
للاخر ولاية استيفا كل اليد وكذلك لو اخذا بالدية رهنا لان قبض الرهن
قبض استيفا لان الدين كانه في الرهن بدليل انه اذا هلك يسقط الدين
فصار قبضهما الرهن كقبضهما الدين ولو اخذا بالدية كفيلا ثم عفا احدهما
فللاخر القصاص لانه ليس في الكفالة معنى الاستيفا بل هي للتوثق بجانب
الوجوب فكان الحكم بعد الكفالة كالحكم قبلها ولو قطع من رجل يديه او رجليه
قطعت يداه ورجلاه لان استيفا المثل ممكن ولو قطع من رجل يمينه ومن اخر
يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين ويساره لصاحب اليسار لان تحقق المماثلة
فيه وانه ممكن فان قيل القاطع ما ابطل عليهما منفعة الجنس فالجواب (فكيف يبطل عليه منفعة الجنس صح)
ان كل واحد منهما ما استحق عليه الا قطع يد واحدة وليس في قطع يد واحدة
تفويت منفعة الجنس وكان الجزا مثل الجناية الا ان فوات منفعة الجنس
عند اجتماع القطعين حصل ضرورة غير مضاف اليهما ولو قطع اصبع رجل
كلها من المفصل ثم قطع يد اخر او بدا باليد ثم قطع الاصبع وذلك كله في يد واحدة
في اليمين او في اليسار فلا يخلوا اما ان جاءا جميعا يبدا بالقصاص في الاصبع فيقطع (يطلبان القصاص واما ان جاءا متفرقين فان جاءا جميعا صح)
الاصبع بالاصبع ثم يخير صاحب اليد فان شا قطع ما بقي وان شا اخذ دية
يده من مال القاطع لان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فحق صاحب اليد
في قطع اليد وحق صاحب الاصبع في قطع الاصبع فيجب ايفا حق كل واحد منهما
بقدر الامكان وذلك في البداية بالقصاص في الاصبع لانا لو بدانا بالقصاص في
اليد لبطل حق صاحب الاصبع في القصاص اصلا وراسا ولو بدانا بالقصاص
في الاصبع لم يبطل حق الاخر في القصاص اصلا وراسا لانه يتمكن من استيفايه
مع النقصان فكانت البداية بالاصبع اولى وانما خير صاحب اليد بعد قطع الاصبع

لان

لان الكف صارت معيبة بقطع الاصبع فوجد حقه ناقصا فثبت له الخيار كالاشل
اذا قطع يد الصحيح وان جاءا متفرقين فان جا صاحب اليد وصاحب الاصبع
غايب تقطع اليد لصاحب اليد لان حق صاحب اليد ثابت في اليد فلا يجوز منعه
من استيفا حقه لحق غايب يحتمل ان يحضر ويطالب ويحتمل ان لا يحضر ولا يطالب
فان جا صاحب الاصبع بعد ذلك اخذ الارش لتعذر استيفا حقه عليه بعد
ثبوته فياخذ بدله ولان القاطع قضى بطرفه حقا مستحقا عليه فصار كانه
قايم وتعذر الاستيفا لمانع فيلزمه الارش وان جا صاحب الاصبع وصاحب
اليد غايب تقطع الاصبع لصاحب الاصبع لما ذكرنا في صاحب اليد ثم اذا جا صاحب
اليد بعد ذلك اخذ الارش كما قلنا ولو قطع اصبع رجل كلها من المفصل ثم قطع
اصبع رجل اخر من مفصلين ثم قطع اصبع اخر كلها وذلك كله في اصبع واحد
فهو على التفصيل الذي ذكرنا ان الامر لا يخلوا اما ان جاءوا جميعا يطلبون القصاص
واما ان جاءوا متفرقين فان جاءوا جميعا يبدا بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى
ثم يخير صاحب المفصلين فان شا استوفى الاوسط بحقه كله ولا شي له من
الارش وان شا اخذ ثلثي دية اصبعه من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شا
اخذ ما بقي باصبعه وان شا اخذ دية اصبعه من مال الذي قطعها وانما كان
كذلك لما بينا ان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فيجب ايفا حقوقهم بقدر
الامكان وذلك في البداية بما لا يسقط حق بعضهم وهو ان يبدا بقطع المفصل الاعلى
لصاحب الاعلى لان البداية به لا يبطل حق الباقين في القصاص اصلا لامكان
استيفا حقيهما مع النقصان وفي البداية بالقصاص في الاصبع ابطال حق الباقين
اصلا ورب رجل يختار القصاص وان كان ناقصا تشفيا للصدر واذا قطع
منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى يخير الباقيان لان كل واحد منهما وجد حقه
ناقصا لحدوث العيب بالطرف وان جاءوا متفرقين فان جا صاحب الاصبع
اولا يقطع له الاصبع لما ذكرنا في المسلة المتقدمة فاذا جا الباقيان بعد ذلك
يقضي لهما بالارش لصاحب المفصل الاعلى ثلث دية الاصبع ولصاحب المفصلين
ثلثا دية الاصبع لما قلنا وان جا صاحب المفصلين اولا يقطع له المفصلان لما
ذكرنا في المسلة المتقدمة ويقضي لصاحب المفصل الاعلى بالارش لما مر وصاحب
الاصبع بالخيار ان شا اخذ ما بقي واستوفى حقه ناقصا وان شا اخذ دية
الاصبع لما مر وان جا صاحب الاعلى اولا فهو كما لو جاءوا معا وقد ذكرنا حكمه والله
اعلم ولو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد اخر من المرفق او بدا بالمرفق ثم

بالكف وهما في يد واحدة في اليمين او في اليسار ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب
الكف ثم يخير صاحب المرفق فان شا قطع ما بقي بحقه كله وان شا اخذ الارش
لما بينا وان جا احدهما والاخر غايب فان جا صاحب الكف قطع له الكف ولا ينتظر
الغايب لما مر ثم اذا جا صاحب المرفق اخذ الارش وان جا صاحب المرفق اولا يقطع
له المرفق اولا ثم اذا جا صاحب اليد بعد ذلك ياخذ ارش اليد والله اعلم ولو
قطع المفصل الاعلي من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثاني منها فعليه القصاص
في المفصل الاول ولا قصاص عليه في المفصل الثاني وعليه فيه الارش وكذلك
لو قطع اصبع رجل من اصلها ثم قطع الكف التي فيها الاصبع كان عليه القصاص
في الاصبع ولا قصاص عليه في الكف وعليه الارش في الكف ناقصة باصبع وكذلك
لو قطع يد رجل وهي صحيحة ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي قطع منها
الكف عليه في اليد القصاص ولا قصاص عليه في الساعد بل فيه ارش
حكومة كذا روي عن ابي حنيفة ولم يفصل بينما اذا كانت الجناية الثانية
بعد برء الاولي او قبلها وقال ابو يوسف ومحمد اذا كانت الثانية
بعد برء الاولي فهما جنايتان مفترقتان واذا كانت قبل البرء فهي جناية
واحدة ذكر قولهما في الزيادات وجه قولهما ان الجنايتين اذا كانتا
قبل البرء فهما في حكم جناية واحدة بدليل ان من قطع يد رجل خطا ثم قتله
وجبت عليه دية واحدة فصار كانه قطع المفصلين معا بضربة واحدة
فيجب القصاص ~~م~~ الاولي فقد استقرت واستقر حكمها فكانت الثانية — م فيها واذا برأت م
جناية مفردة في مفصل مفرد فيفرد حكمها فيجب القصاص في الاولي
والارش في الثانية ولابي حنيفة ان وقت قطع المفصل الاعلى كانت الاصبعان
صحيحتين اعني اصبع القاطع والمقطوع له المفصل اولا فكانت بين
الاصبعين مماثلة فامكن استيفا القصاص علي وجه المماثلة ولم يكن
بينهما مماثلة وقت قطع المفصل الثاني لان اصبع القاطع كاملة وقت
القطع فيكون استيفا الكامل بالناقص وهذا لا يجوز فان قيل وقت
قطع المفصل الثاني كان القصاص مستحقا في المفصل الاعلي من القاطع
والمستحق كالمستوفي فكان استيفا الناقص بالناقص والجواب
عنه من وجهين احدهما ان نفس الاستحقاق لا يوجب النقصان بدليل
انه لو جا الاجنبي وقطع ذلك المفصل عمدا وجب القصاص عليه ولو ثبت
النقصان بنفس الاستحقاق لما وجب فثبت ان النقصان لا يثبت بمجرد

الاستحقاق

62

الاستحقاق وانما يثبت بالاستيفا ولم يوجد فلو وجب القصاص لكان استيفا
الكامل بالناقص والثاني ان سلم ان النقصان ثبت بنفس الاستحقاق
والوجوب لكن حكما لا حقيقة والاول ناقص حقيقة فلم يكن بينهما مماثلة
ولو قطع المفصل الاعلي منها فاقتص منه ثم قطع المفصل الثاني وبرا
اقتص منه لان اصبع القاطع كانت ناقصة وقت قطع المفصل الثاني
فيكون استيفا الناقص بالناقص فتحققت المماثلة ولو كان غيره قطع
المفصل الاعلي منها ثم قطع هو المفصل الثاني منها فلا قصاص عليه لانعدام
المساواة بين اصبع القاطع والمقطوع وعليه ثلث الدية ولو قطع المفصل
الاعلي فبرا ثم قطع المفصل الثاني فمات فالولي بالخيار ان شا قطع المفصل
ثم قتل لان فيه استيفا مثل حقه لان حقه في القتل والقطع وان شا ترك المفصل
وقتل لان في اتلاف النفس اتلاف الطرف فكان المقصود حاصلا بخلاف
ما اذا كانت الجنايتان من رجلين فمات من احداهما دون الاخري انه ان
كان ذلك كله عمدا فعلي صاحب النفس القصاص في النفس وعلي صاحب
الجناية فيما دون النفس القصاص في ذلك ان كان يستطاع وان كان لا
يستطاع فالارش وان كان ذلك خطا فعلي صاحب النفس دية النفس
وعلي صاحب الجراحة فيما دون النفس ارش ذلك وان كان احدهما عمدا والاخر
خطا فعلي العامد القصاص وعلي الخاطي الارش ولا يدخل احدهما في الاخر
سوا كان بعد البرء او قبل البرء لان الجنايتين اذا كانتا من شخص واحد
يمكن جعلهما كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة واذا كانتا
من شخصين لا يمكن ان يجعلا كجناية ~~م~~ لان جعل فعل احدهما فعل الاخر لا — م واحدة م
يتصور فلا بد ان يعتبر فعل كل واحد منهما بانفراده سوا برات الجناية
الاولي اولم تبرا علي ما تبين ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلي من
السبابة ثم عاد فقطع نصف المفصل الباقي ان كان قبل البرء يقتص منه
فيقطع منه المفصل كله لانه اذا كان قبل البرء صار كانه قطع المفصلين
جميعا بضربة واحدة ولو كان كذلك يقتص منه ويقطع منه المفصل كله
كذا هذا وان كان بعد البرء لا يقتص منه ويجب حكومة العدل في كل نصف
لانه لا يمكن استيفا القصاص من نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب
حكومة العدل ولو قطع من رجل المفصل الاعلي من السبابة ثم عاد فقطع
المفصل الثاني منها فان كان قبل البرء فلا قصاص عليه وعليه في المفصل ~~م~~ — م الارش م

لانه يصير

والحكومة في نصف المفصل كانه قطعهما بدفعة واحدة ولو فعل ذلك لا قصاص
عليه لتعذر الاستيفا بصفة المماثلة وكان عليه الارش في المفصل وحكومة
العدل في نصف المفصل كذا هذا وان كان بعد البرء يجب القصاص في المفصل
وحكومة العدل في نصف المفصل لانه اذا برئ الاول فقد استقر حكمه
والاستيفا بصفة المماثلة ممكن فيثبت ولاية الاستيفا ولا يمكن استيفا
القصاص في نصف المفصل وليس له ارش مقدر فيجب فيه حكومة العدل
ولو قطع من رجل لبنة من المفصل فانتقص منه ثم ان احدهما قطع من الاخر
الذراع من المرفق فلا قصاص فيه وفيه حكومة العدل عند اصحابنا الثلاثة
وقال زفر يجب القصاص كذا ذكر القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوي
وذكر الكرخي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف وجه قول ابي يوسف
وزفر ان استيفا القصاص على سبيل المماثلة ممكن لان المحلين استويا والمرفق
مفصل فكان المثل مقدور الاستيفا فلا معنى للمصير الى الحكومة كما اذا قطع
يد انسان من مفصل الزند ولابي حنيفة ومحمد ان القصاص فيما دون النفس
يعتمد المساواة في الارش لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال لما بينا
والمساواة في اتلاف الاموال معتبرة ولهذا لا يجري القصاص بين طرفي الذكر والانثى
والحر والعبد لاختلاف الارش وههنا لا يعرف التساوي في الارش لان ارش
الذراع حكومة العدل وذلك يكون بالحزر والظن فلا يعرف التساوي بين
ارشيهما لان قطع الكف يوجب وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر وقيمة
الوهن والضعف فيه لا تعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين
ارشي الساعدين فيمتنع وجوب القصاص وعلى هذا الخلاف اذا قطع يد رجل
وفيها اصبع زايدة وفي يد القاطع اصبع زايدة مثل ذلك انه لا قصاص عند
ابي حنيفة ومحمد وفيهما حكومة عدل وعند ابي يوسف يجب القصاص
لوجود المساواة بين اليدين ولهما ان الاصبع الزايدة في الكف نقص فيها
وعيب وهو نقص يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين
الكفين ولو قطع اصبعا زايدة وفي يده مثلها فلا قصاص عليه بالاجماع
لان الاصبع الزايدة في معنى الثؤلول ولا قصاص في الثؤلول ولانها نقص ولا
يعرف قيمة النقص الا بالحزر والظن لانه ليس لهما ارش مقدر فلا تعرف
المماثلة ولو قطع الكف التي فيها اصبع زايدة فان كانت تلك الاصبع توهن الكف
وتنقصها فلا قصاص فيها وان كانت لا تنقصها ففيها القصاص ولا قصاص

بين الاشلين كذا روى الحسن عن ابي حنيفة سوا كانت يد المقطوعة يده
اقلهما شللا او اكثر او هما سوا وهو قول ابي يوسف وقال زفر ان كانا سوا
ففيهما القصاص وان كانت يد المقطوعة يده اقلهما شللا كان بالخيار ان
شا قطع يد القاطع وان شا ضمنه ارش يده شلا وان كانت يد المقطوعة
يده اكثرهما شللا فلا قصاص وله ارش يده والصحيح قولنا لان نقص الشلل
في يديهما يوجب اختلاف ارشيهما وذلك يعرف بالحزر والظن فلا يعرف
المماثلة وكذلك مقطوع الابهام كلها اذا قطع يد اشل يده لم يكن بينهما قصاص
في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان قطع الابهام يوهن الكف ويسقط تقدير
الارش فلا يعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة ولو قطع يد
رجل ثم قتله فان كان بعد البرء لا تدخل اليد في النفس بلا خلاف والولي
بالخيار ان شا قطع يده ثم قتله وان شا اكتفى بالقتل وان شا عفا عن النفس وقطع
يده وان كان قبل البرء فكذلك في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
تدخل اليد في النفس وله ان يقتله وليس له ان يقطع يده وجه قولهما ان
الجناية على ما دون النفس اذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على
النفس في الشريعة بل يدخل ما دون النفس في النفس كما اذا قطع يده خطا
ثم قتله قبل البرء لا يجب عليه الا دية النفس ولابي حنيفة ان حق المجني
عليه في المثل وذلك في القطع والقتل والاستيفا بصفة المماثلة ممكن
فاذا قطع الولي يده ثم قتله كان مستوفيا للمثل فيكون الجزا مثل الجناية جزا
وفاقا بخلاف الخطا لان المثل هناك غير مستحق بل المستحق غير المثل لان
المال ليس بمثل النفس وكان ينبغي ان لا يجب اصلا الا ان وجوبه ثبت
معدولا به عن الاصل عند استقرار سبب الوجوب لعدم البرء مردودة
الى حكم الاصل والله اعلم هذا اذا كانا جميعا عمدا فاما اذا كانا جميعا خطا فان
كان بعد البرء لا يدخل ما دون النفس في النفس وتجب دية ونصف دية
تتحمله العاقلة وتؤدى في ثلاث سنين في السنة الاولى ثلثا الدية ثلث
من الدية الكاملة وثلث من نصف الدية وفي السنة الثانية نصف الدية
ثلث من الدية الكاملة وسدس من النصف وفي السنة الثالثة ثلث الدية
لان الدية الكاملة تؤدى في ثلاث سنين ونصف الدية تؤدى في سنتين
من الثلاث وهذا يوجب ان يكون قدر المؤدى منهما وانما لم يدخل ما دون
النفس في النفس لان الاول لما برئ فقد استقر حكمه فكان الثاني جناية

فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السبب

مبتدأة فيبتدأ بحكمها وان كان قبل البرء يدخل ما دون النفس في النفس وتجب
دية واحدة لان حكم الاول لم يستقر وان كان احدهما عمدا والاخر خطا لا
يدخل ما دون النفس في النفس بل يعتبر كل واحد منهما بحكمه سوا كان بعد
البرء او قبله لان العمد مع الخطا جنايتان مختلفتان فلا يحتملان التداخل فيعطي
لكل واحد منهما حكم نفسها فيجب في العمد القصاص وفي الخطا الارش هذا كله
اذا كان الجاني واحدا فقطع ثم قتل فاما اذا كانا اثنين فقطع احدهما يده
ثم قتله الاخر فلا يدخل ما دون النفس في النفس كيف ما كان بعد البرء او قبله
لان الاصل اعتبار كل جناية بحيالها لان كل واحدة منهما جناية على حدة وكان
الاصل عدم التداخل وافراد كل جناية بحكمها الا ان عند اتحاد الجاني وعدم
البرء قد يجعلان كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة تقديرا ولا يمكن
هذا التقدير عند اختلاف الجاني لاستحالة ان يكون فعلا صاحبه حقيقة — فعل كل واحد منهما م
فتعذر التقدير فيبقى فعل كل واحد منهما جناية مفردة حقيقة وتقديرا فيفرد
حكمها فان كانا جميعا عمدا يجب القصاص على كل واحد منهما من القطع والقتل وان
كانا جميعا خطا يجب القصاص في العمد والارش في الخطا ولو قطع اصبع يد — تجب الدية عليهما تتحمل عنهما عاقلتهما في القطع والقتل وان كان احدهما عمدا والاخر خطاء م
رجل عمدا وقطع اخر يده من الزند فمات فالقصاص على الثاني في قول
اصحابنا الثلاثة وقال زفر القصاص عليهما جميعا وبه اخذ الشافعي
وجه قول زفر ان السراية باعتبار الالم والقطع الاول اتصل المه بالنفس
وتكامل بالثاني فكانت السراية مضافة الى الفعلين فيجب القصاص عليهما
ولنا ان السراية باعتبار الالام المترادفة التي لا تتحملها النفس الى ان تموت
وقطع اليد يمنع وصول الالم من الاصبع الى النفس فكان قاطعا للسراية فبقيت
السراية مضافة الى القطع وصار كما لو قطع الاصبع فبرات ثم قطع اخر يده فمات — البدم م
وهناك القصاص على الثاني كذا هنا بل اولى لان القطع في المنع من الاثر وهو
وصول الالم الى النفس فوق البرء اذ البرؤ يحتمل الانتقاض والقطع لا يحتمل
ثم زوال الاثر بالبرء يقطع السراية فزواله بالقطع كان اولى واحرى — لان يقطع م
ولو جنى على ما دون النفس فسرى فالسراية لا تخلو اما ان كانت الى النفس واما
ان كانت الى عضو اخر فان كانت الى النفس فالجاني لا يخلو اما ان كان متعديا
في الجناية واما ان لم يكن فان كان متعديا في الجناية والجناية بحديدة او
خشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سوا كانت
الجناية مما توجب القصاص لو برئت او لا توجب كما اذا قطع يد انسان من الزند

او

او من الساعد او شجه موضحة او امة او جايفة او ابان طرفا من اطرافه او جرحه
جراحة مطلقة فمات من ذلك فعليه القصاص لانه لما سرى بطل حكم ما دون
النفس وتبين انه وقع قتلا من حين وجوده وللولي ان يقتله وليس له ان يفعل
به مثل ما فعل حتى لو كان قطع يده ليس له ان يقطع يده عندنا وعند الشافعي يفعل
مثل ما فعل فان مات من ذلك والا قتله وكذلك اذا قطع رجل يدي رجل ورجليه
فمات من ذلك تحز رقبته عندنا وعنده يفعل به مثل ما فعل وقد ذكرنا
المسلة فيما تقدم ولو قطع يده فعفا المقطوع عن القطع ثم سرى الى النفس ومات
فان عفا عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه او الجراحة وما يحدث منها فهو
عفو عن النفس بالاجماع وان عفا عن القطع او الجراحة ولم يقل وما يحدث منها
لا يكون عفوا عن النفس وعلى القاطع دية النفس في ماله في قول ابي حنيفة وفي قول
ابي يوسف ومحمد يكون عفوا عن النفس ولا شي عليه والمسلة باخواتها قد مرت
في مسايل العفو عن القصاص في النفس ولو كان له على رجل قصاص في النفس فقطع
يده ثم عفا عن النفس وبرات اليد ضمن دية اليد في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لا ضمان عليه وجه قولهما ان نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولي القتيل
والنفس اسم لجملة الاجزا فاذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه فلا يضمن ولهذا
لو قطع يده ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد ولو لم تكن اليد حقه لوجب الضمان عليه
دل انه بالقطع استوفى حق نفسه فبعد ذلك ان عفا عن النفس فالعفو ينصرف
الى القايم لا الى المستوفى كمن استوفى بعض دينه ثم ابرا الغريم ان الابرا ينصرف
الى ما بقي لا الى المستوفى كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان حق من له القصاص في
الفعل وهو القتل لا في المحل وهو النفس او بقا حقه في النفس لكن في حق القتل لا
في حق القطع لان حقه في المثل والموجود منه القتل لا القطع ومثل القتل هو القتل
فكان اجنبيا عن اليد فاذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس بحق له وهو متقوم فيضمن
وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط بالشبهة فتجب الدية الا انه اذا
قطع اليد ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد وان كان متعديا في القطع مسيا فيه
لانه لا قيمة لها مع اتلاف النفس بالقصاص فلا يضمن كما لو قطع يد مرتد انه لا
يضمن وان كان متعديا في القطع لما قلنا كذا هذا ولانه كان مخيرا بين القصاص
وبين العفو فاذا عفا استند العفو الى الاصل كانه عفا ثم قطع فكان القطع استيفا
غير حقه فيضمن هذا اذا كان متعديا في الجناية على ما دون النفس فاما اذا
لم يكن متعديا فيها فلا يجب القصاص للشبهة وتجب الدية في بعضها ولا تجب

في البعض وبيان ذلك في مسائل اذا قطع يد رجل عمدا حتى وجب عليه القصاص فقطع
الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله لا شيء عليه ولو قطع الامام يد السارق فمات منه لا ضمان على الامام ولا
على بيت المال وكذلك الفصاد والبزاغ والحجام اذا سرت جراحاتهم لا ضمان
عليهم بالاجماع وجه قولهما ان الموت حصل بفعل ماذون فيه وهو القطع فلا يكون
مضمونا كالامام اذا قطع يد السارق فمات منه ولابي حنيفة انه استوفى غير
حقه لان حقه في القطع وهو اتى بالقتل لان القتل اسم لفعل موثر في فوات الحياة
عادة وقد وجد فيضمن كما اذا قطع يد انسان ظلما وسرى الى النفس وكان
القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وهكذا نقول
في الامام ان فعله وقع قتلا الا انه لا سبيل الى ايجاب الضمان للضرورة لان اقامة
الحد مستحقة عليه والتحرز عن السراية ليس في وسعه فلو اوجبنا الضمان
لامتنع الايمة عن الاقامة خوفا عن لزوم الضمان وفيه تعطيل الحدود والقطع
ليس بمستحق على من له القصاص بل هو مخير فيه والاولى هو العفو فلا ضرورة
الى اسقاط الضمان بعد وجود سببه ولو ضرب امراته للنشوز فماتت منه
يضمن لان الماذون فيه هو التاديب لا القتل ولما اتصل به الموت تبين انه
وقع قتلا ولو ضرب الاب او الوصي للتاديب فمات ضمن في قول ابي حنيفة وقال

م الصبي م

ابو يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما ان الاب والوصي ماذونان في تاديب
الصبي وتهذيبه والمتولد من الفعل الماذون فيه لا يكون مضمونا كما لو عزر
الامام انسانا فمات وجه قول ابي حنيفة ان التاديب اسم لفعل يبقى المودب
حيا بعده فاذا سرى تبين انه قتل وليس بتاديب وهما غير ماذونين
في القتل ولو ضربه المعلم والاستاذ فمات ان كان ضربه بغير امر الاب
او الوصي يضمن لانه متعدي في الضرب والمتولد منه يكون مضمونا عليه وان كان
باذنه لا يضمن للضرورة لان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية
وليس في وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم وكان في التضمين سد باب
التعليم وبالناس حاجة الى ذلك فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه
الضرورة وهذه الضرورة لم توجد في الاب لان لزوم الضمان لا يمنعه عن
التاديب لفرط شفقته على ولده فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة
ولو قطع يد مرتد فاسلم ثم مات فلا شيء على القاطع وهذا يويد مذهب
ابي حنيفة في اعتبار وقت الفعل والاصل في هذا ان الجناية اذا وردت على ما ليس

مضمون

65

بمضمون فالسراية لا تكون مضمونة لان الضمان يجب بالفعل السابق والفعل صادف
محلا غير مضمون وكذلك لو قطع يد حربي ثم اسلم ثم مات من القطع انه لا شيء على القاطع
لان الجناية وردت على محل غير مضمون فلا تكون مضمونة وكذلك لو قطع يد عبد
ثم اعتقه ثم مات لم يضمن السراية لان يد العبد غير مضمونة في حقه ولو قطع
يد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم مات فعلى القاطع دية اليد لا غير لانه ابطل
عصمة نفسه بالردة فصارت الردة بمنزلة الابرا عن السراية ولو رجع الى الاسلام
ثم مات فعلى القاطع دية النفس في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد عليه
دية اليد لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا انه لما ارتد فكانه ابرا القاطع عن
السراية وجه قولهما ان الجناية يتعلق حكمها بالابتدا وبالانتها وما بينهما لا
يتعلق به حكم والمحل هاهنا مضمون في الحالين وكانت الجناية مضمونة فيهما
فلا تعتبر الردة العارضة فيما بينهما واما قول محمد الردة بمنزلة البراة فنعم
لكن بشريطة الموت عليها لان حكم الردة موقوف على الاسلام والموت وقد
كانت الجناية مضمونة فوقف حكم السراية ايضا وكذلك لو لحق بدار الحرب
ولم يقض القاضي بلحوقه ثم رجع الينا مسلما ثم مات من القطع فهو على هذا الخلاف
وان كان القاضي قضى بلحوقه ثم عاد مسلما ثم مات من القطع فعلى القاطع دية يد لا
غير بالاجماع ولا تقسم قبله فصار كالابرا عن الجناية ولو قطع يد عبد خطا

م لان لحوقه بدار الحرب
بقطع حقوقه بدليل
انه يقسم ماله بين
ورثته بعد اللحوق
م

فاعتقه مولاه ثم مات منها فلا شيء على القاطع غير ارش اليد وعتقه كبرء
اليد لان السراية لو كانت مضمونة على الجاني فاما ان تكون مضمونة عليه
للمولى واما ان تكون مضمونة عليه للعبد لا سبيل الى الاول لان المولى ليس بمالك
له بعد العتق ولا وجه للثاني لما ذكرنا لان السراية تكون تابعة للجناية
فالجناية لما لم تكن مضمونة للعبد لا تكون سرايتها مضمونة له ولهذا
قلنا اذا باعه المولى بعد القطع سقط حكم السراية وليس قطع اليد في هذا
مثل الرمي في قول ابي حنيفة حيث اوجب عليه بالرمي القيمة وان اعتقه المولى ولم
يوجب في القطع الا ارش اليد لما ذكرنا ان الرمي سبب الاصابة لا محالة
فصار جانيا به وقت الرمي فاما القطع فليس بموجب للسراية لا محالة
والله اعلم وان كان قطع يد العبد عمدا فاعتقه مولاه ثم مات العبد ينظر
ان كان المولى هو وارثه لا وارث له غيره فله ان يقتل الجاني في قول ابي حنيفة
وابي يوسف خلافا لمحمد وقد مرت المسئلة وان كان له وارث غيره يحجبه
عن ميراثه او يدخل معه في ميراثه فلا قصاص لاشتباه الولي على ما مر ولو لم

يعتقه بعد القطع ولكن دبره او كانت امة فاستولدها فانه لا تنقطع السراية ويجب
نصف القيمة ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا ان كان خطا وان كان
عمدا فللمولى ان يقتص بالاجماع ولو كاتبه والمسألة بحالها فالكتابة تبرئ
عن السراية فيجب نصف القيمة للمولى فاذا مات وكان خطا لا يجب عليه شي
اخر وان كان عمدا فان كان عاجزا فللمولى ان يقتص لانه مات عبدا وان
مات عن وفا فقد مات حرا فينظر ان كان له وارث يحجب المولى او يشاركه
فلا قصاص عليه ويجب عليه ارش اليد لا غير وان لم يكن له وارث غير المولى
فللمولى ان يقتص عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس له ان يقتص
وعليه ارش اليد لا غير وان كان القطع بعد الكتابة فمات وكان القطع خطا
او مات عاجزا فالقيمة للمولى وان مات عن وفا فالقيمة للورثة وان كان عمدا
فان مات عاجزا فللمولى ان يقتص وان مات عن وفا مات حرا ثم ينظر ان كان مع
المولى وارث يحجبه او يشاركه في الميراث فلا قصاص وان لم يكن له وارث
غير المولى فعلى الاختلاف الذي ذكرنا والله اعلم هذا اذا كانت السراية الى النفس
فاما اذا كانت الى العضو فالاصل ان الجناية اذا حصلت في عضو فسرت الى
عضو والعضو الثاني لا قصاص فيه فلا قصاص في الاول ايضا وهذا الاصل
يطرد على مذهب ابي حنيفة في مسائل اذا قطع اصبعا من يد رجل فشلت
الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد بلا خلاف بين اصحابنا لان الموجود
من القاطع قطع مشل الكف ولا يقدر المقطوع على مثله فلم يكن المثل ممكن
الاستيفا فلا يجب القصاص ولان الجناية واحدة فلا تجب بها ضمانان
مختلفان وهو القصاص والمال خصوصا عند اتحاد المحل لان الكف مع
الاصبع بمنزلة عضو واحد وكذا اذا قطع مفصلا من اصبع فشل ما بقي او شلت
الكف لما قلنا فان قال المقطوع انا اقطع المفصل واترك ما يبس ليس له ذلك
لان الجناية وقعت غير موجبة للقصاص من الاصل لعدم امكان الاستيفا على
وجه المماثلة على ما بينا وكان الاقتصار على البعض استيفا ما لا حق له فيه
فيمنع من ذلك كما لو شجه منقلة فقال المشجوج انا اشجه موضحة واترك
ارش ما زاد لم يكن له ذلك وكذلك اذا كسر بعض سن انسان واسود
ما بقي فليس في شي من ذلك قصاص لان قصاصه هو كسر مسود الباقي
وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة فلا توجب ضمانين مختلفين ولو قطع
اصبعا فشلت التي الى جنبها اخرى فلا قصاص في شي من ذلك في قول ابي حنيفة

وعليه

66

وعليه دية الاصبعين وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن في الاول القصاص
وفي الثاني الارش وجه قولهم ان المحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل
حكما وان كان متحدا حقيقة لتعدد اثره وها هنا تعدد الاثر فيجعل فعلين
فيفرد كل واحد منهما بحكمه فيجب القصاص في الاول والدية في الثاني كما لو
قطع اصبع انسان فانتقل[م] الى اصبع اخرى خطا فقطعها حتى يجب القصاص
في الاول والدية في الثاني[٥] لما قلنا كذلك ها هنا واذا تعددت الجناية يفرد
كل واحد منهما بحكمها فيجب القصاص في الاول والارش في الثانية وجه
قول ابي حنيفة ما ذكرنا ان المستحق فيما دون النفس هو المثل والمثل وهو القطع
المشل ها هنا غير مقدور الاستيفا فلا يثبت الاستحقاق ولان الجناية متحدة
حقيقة وهي قطع الاصبع وقد تعلق به ضمان المال فلا يتعلق به ضمان القصاص
بخلاف ما اذا قطع اصبعا عمدا فنفذ السكين الى اخرى خطا لان الموجود هناك
فعلان حقيقة فجاز ان يفرد كل واحد منهما بحكم وفي مسألة الرمي جعل الفعل المتحد
حقيقة متعددا شرعا بخلاف الحقيقة ومن ادعى خلاف الحقيقة ها هنا
يحتاج الى الدليل ولو قطع اصبعا فسقطت التي بجنبها اخرى فلا قصاص في
شي من ذلك في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد في ظاهر الرواية
عنهما يجب في الاول القصاص وفي الثاني الارش وفي رواية ابن سماعة عن
محمد انه يجب القصاص فيهما لان من اصله على هذه الرواية ان الجراحة التي
فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يجب القصاص فيهما جميعا
وها هنا يمكن وفيما اذا قطع اصبعا فشلت اخرى بجنبها لا يمكن فوجب
القصاص في الاولى والارش في الثانية وجه ظاهر قولهما على نحو ما
ذكرنا فيما تقدم ان المحل متعدد وانه يوجب تعدد الفعل عند تعدد الاثر
وقد وجد ها هنا فيجعل كجنايتين مختلفتين فيتعلق بكل واحد منهما حكمها
ولابي حنيفة انه لا سبيل الى استيفا القصاص على وجه المماثلة لان ذلك
هو القطع المسقط للاصبع وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة حقيقة فلا
توجب الا ضمانا واحدا وقد وجب المال فلا يجب القصاص ولو قطع
اصبع رجل عمدا فسقطت الكف من المفصل فلا قصاص في ذلك في قول ابي
حنيفة وفيه دية اليد لان استيفا المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر
فيمتنع الوجوب ولان الكف مع الاصبع كعضو واحد فكانت الجناية واحدة
حقيقة وحكما وقد تعلق بها ضمان المال فلا يتعلق بها القصاص وقال

الثاني

[م] السكين الى ض

[٥] وكما لو رمى سهما الى انسان فاصابه ونفذ منه واصاب الاخر حتى يجب القصاص في الاول والدية في الثاني ص

ابو يوسف انه فتقطع يده من المفصل فرق ابو يوسف بين هذا وبينما اذا م يتقض م
قطع اصبعا فسقطت اخرى الى جنبها انه لا يجب القصاص في الثانية لان
الاصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء الى الجملة كما تتحقق من اليد الى
النفس والاصبعان عضوان مفردان ليس احدهما جزء الاخر فلا تتحقق السراية
من احدهما الى الاخر فوجب القصاص في الاولى دون الثانية وعلى ما روى
عن محمد في النوادر نجب القصاص هاهنا ايضا كما قال ابو يوسف لانه جناية
واحدة وقد سرت الى ما يمكن القصاص فيه فيجعل كانه قطع الكف من الزند
ولو كسر بعض سن انسان فسقطت لا قصاص فيه في قول ابي حنيفة رحمه
الله لانه لا يمكن الاقتصاص بكسر مسقط للسن وقال ابو يوسف يجب
القصاص كما قال في الاصبع اذا قطعت فسقطت منها الكف وكذلك عند محمد
يجب القصاص على رواية النوادر لما ذكرنا من اصله وكذلك لو ضرب سن
انسان فانكسر بعضها وتحرك الباقي واستوفى حولا لانها ان اسودت
فلا قصاص فيها لتعذر استيفا المثل وهو الكسر المسود وان سقطت
فكذلك في قول ابي حنيفة وفيها الارش لعدم امكان استيفا المثل وهو
الكسر المسقط فيجب فيها الارش وقال ابو يوسف فيها القصاص
كما قال في الاصبع اذا قطعت فسقط الكف ولو شج انسانا موضحة متعمدا
فذهب منها بصره فلا قصاص في قول ابي حنيفة وفيها دية البصر
والارش وقال ابو يوسف ومحمد في الموضحة القصاص وفي البصر الدية
هذه رواية الجامع الصغير عن محمد وروى ابن سماعة في نوادره عنه ان
فيهما جميعا القصاص وجه هذه الرواية انه تولد من جناية العمد الى
عضو يمكن فيه القصاص فيجب فيه القصاص كما اذا سرى الى النفس وجه
ظاهر قولهما ان تلف البصر حصل من طريق التسبيب لا من طريق السراية
بدليل ان الشجة تبقى بعد ذهاب البصر وحدوث السراية يوجب
تغير الجناية كالقطع اذا سرى الى النفس انه لا يبقى قطعا بل يصير قتلا وهنا
الشجة لم تتغير بل بقيت شجة كما كانت قبل ذهاب البصر ليس من
طريق السراية بل من طريق التسبيب والجناية بطريق التسبيب لا توجب
القصاص كما في حفر البير ونحو ذلك ولو ذهبت عيناه ولسانه وسمعه
وجماعه فلا قصاص في شي من ذلك على اصل ابي حنيفة وعلى قولهما في
الموضحة القصاص ولا قصاص في العينين على ظاهر قولهما بل فيهما الارش

وعلى

وعلى رواية النوادر عن محمد فيهما القصاص دون اللسان والسمع والجماع
لانه لا يمكن فيها القصاص اذ لا قصاص في ذهاب منفعة اللسان والسمع
والجماع في الشرع وفي ذهاب البصر قصاص في الشريعة ولو ضربه بعصا
فاوضحه ثم عاد فضربه اخرى الى جنبها ثم تاكلتا حتى صارتا واحدة فهما
موضحتان ولا قصاص فيهما اما على اصل ابي حنيفة فلعدم امكان استيفا المثل
وهما شجتان موضحتان تاكل ما بينهما واما على اصلهما فلان ما تاكل بين
الموضحتين تلف بسبب الجراحة والاتلاف تسبيبا لا يوجب القصاص والله
الموفق ولا قصاص في العين اذا قورت او فسخت لانا اذا فعلنا ما فعل
وهو التقوير والفسخ لا يكون استيفا المثل اذ ليس له حد معلوم وان اذهبنا
ضوءه فلم يفعل مثل ما فعل فتعذر الاستيفا بصفة المماثلة فامتنع الوجوب
وصار كمن قطع يد انسان من الساعد انه لا يجب القصاص لانه لا سبيل الى القطع
من الساعد ولا من الزند لما قلنا فامتنع الوجوب كذا هذا وان ضرب عينها
فذهب ضوءها مع بقا الحدقة على حالها لم تنخسف ففيها القصاص لقوله
تعالى والعين بالعين ولان الاستيفا على سبيل المماثلة ممكن بان يجعل على
وجهه القطن المبلول وتحمى المراة وتقرب من عينه حتى يذهب ضوءها
وقيل ان اول من اهتدى الى ذلك علي رضي الله عنه فانه روى انه وقعت هذه
الحادثة في زمن عثمان رضي الله عنه فجمع الصحابة وشاورهم في ذلك فلم
يكن عندهم حكمها حتى جا علي رضي الله عنه واشار الى ما ذكرنا فلم ينكر عليه احد
فقضى به عثمان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا وان انخسفت
فلا قصاص لان الثاني قد لا يقع خاسفا بها فلا يكون مثل الاول وروى عن
ابي يوسف انه لا قصاص في عين الاحول لان الحول نقص في العين فيكون
استيفا الكامل بالناقص فلا تتحقق المماثلة ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة
باليد الشلا كذا هذا ولا قصاص في الاشفار والاجفان لانه لا يمكن استيفا المثل
فيها واما الاذن فان استوعبها ففيها القصاص لقوله تعالى والاذن بالاذن
ولان استيفا المثل فيها ممكن فان قطع بعضها فان كان له حد يعرف ففيه
القصاص والا فلا واما الانف فان قطع المارن ففيه القصاص بلا خلاف
بين اصحابنا لقوله تعالى والانف بالانف ولان استيفا المثل فيه ممكن لان له
حدا معلوما وهو ما لان منه فان قطع بعض المارن فلا قصاص فيه لتعذر
استيفا المثل وان قطع نصف قصبة الانف فلا قصاص فيه لانه عظم

ولا قصاص في العظم الا في السن لما نذكر وقال ابو يوسف ان استوعب ففيه
القصاص وقال محمد لا قصاص فيه وان استوعب ولا خلاف بينهما في
الحقيقة لان ابا يوسف اراد به استيعاب المارن وفيه القصاص بلا
خلاف ومحمد اراد به استيعاب القصبة ولا قصاص فيها بلا خلاف
واما الشفة فقد روي عن ابي حنيفة انه قال اذا قطع شفة رجل السفلى
او العليا وكان يستطاع ان يقتص منه ففيه القصاص وذكر الكرخي انه
اذا استقصاها بالقطع ففيها القصاص لامكان استيفا المثل عند الاستقصا
وان قطع بعضها فلا قصاص فيه لعدم الامكان ولا قصاص في عظم الا في
السن لانه لا يعلم موضعه ولا يومن فيه على التعدي ايضا وقد روي عن
النبي صلى الله عليه انه قال لا قصاص في عظم وفي السن القصاص سوا كسر
او قلع لقوله تعالى والسن بالسن ولانه يمكن استيفا المثل فيه بان يوخذ في
الكسر من سن الكاسر مثل ما كسر بالمبرد وفي القلع يوخذ سنه بالمبرد
الى حين ينتهي الى اللحم ويسقط ما سوى ذلك وقيل في القلع انه يقلع
سنه لان تحقيق المماثلة فيه والاول استيفا على وجه النقصان
الا ان في القلع الزيادة لانه لا يومن فيه ان يفعل المقلوع اكثر مما فعل القالع م احتمال م
واما اللسان فان قطع بعضه فلا قصاص فيه لعدم امكان استيفا المثل
وان استوعب فقد ذكر في الاصل ان اللسان لا يقتص فيه وقال ابو
يوسف فيه القصاص وجه قوله ان القطع اذا كان مستوعبا امكن
استيفا المثل فيه بالاستيعاب فيكون الجزا مثل الجناية وقد ذكرنا في
الاصل ان اللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفا القصاص فيه بصفة
المماثلة وان قطع الحشفة ففيها القصاص لامكان استيفا المثل لان لها
حدا معلوما وان قطع بعضها او بعض الذكر فلا قصاص فيه لانه لا حد
لذلك فلا يمكن القطع بصفة المماثلة فصار كما لو قطع بعض اللسان
ولو قطع الذكر كله من اصله ذكر في الاصل انه لا قصاص فيه وقال ابو يوسف
فيه القصاص وجه قوله ان عند الاستيعاب امكن الاستيفا على وجه
المماثلة فيجب القصاص وجه ما ذكر في الاصل ان الذكر ينقبض مرة
وينبسط اخرى فلا يمكن مراعاة المماثلة فيه فلا يجب القصاص ولا
قصاص في جز شعر الراس وحلقه وحلق الحاجبين والشارب واللحية
وان لم تنبت بعد الحلق والنتف اما الجز فلانه لا يعلم موضعه فلا يمكن

اخذ

اخذ المثل واما الحلق والنتف الموجود من الحالق والناتف فلان المستحق
حلق غير منبت وذلك ليس في وسع المحلوق والمنتوف لجواز ان يقع حلقه
ونتفه منبتا فلا يكون مثل الاول وذكر في النوادر انه يجب القصاص اذا لم
ينبت ولم يذكر حكم ثدي المراة انه هل يجب القصاص ام لا وكذا لم يذكر حكم
الانثيين في وجوب القصاص فيهما وينبغي ان لا يجب القصاص فيهما لان
كل ذلك ليس له مفصل معلوم فلا يمكن استيفا المثل واما ثدي المراة فينبغي م حلمة م
ان يجب القصاص فيهما لان لها حدا معلوما فيمكن استيفا المثل فيها كالحشفة
ولو ضرب على راس انسان حتى ذهب عقله او سمعه او كلامه او شمه او ذوقه
او جماعه او ما صلبه فلا قصاص في شي من ذلك لانه لا يمكنه ان يضرب
ضربا يذهب به هذه الاشيا فلم يكن استيفا المثل ممكنا فلا يجب القصاص
وكذلك لو ضرب على يد رجل او رجله فشلت لا قصاص عليه لانه لا يمكنه
ان يضرب ضربا مشلا فلم يكن المثل مقدور الاستيفا فلا يجب القصاص والله
اعلم واما الشجاج فلا خلاف في ان الموضحة منها القصاص لعموم قوله
تعالى والجروح قصاص الا ما خص بدليل ولانه يمكن استيفا القصاص
فيها على سبيل المماثلة لان لها حدا ينتهي اليه السكين وهو العظم ولا خلاف
في انه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفا فيه على وجه المماثلة
لان الهاشمة تهشم العظم لما بينا والامة لا يومن فيها من ان تنتهي السكين م والمنقلة تهشم العظم وتنقل بعد الهشم ولا قصاص في هشم العظم م
الى الدماغ فلا يمكن استيفا القصاص في هذه الشجاج على وجه المماثلة
فلا يجب القصاص بخلاف الموضحة واما ما قبل الموضحة فقد ذكر محمد
رحمه الله في الاصل انه يجب القصاص في الموضحة والسمحاق والباضعة
والدامية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا قصاص في الشجاج الا في
الموضحة والسمحاق ان امكن القصاص في السمحاق وروي عن ابراهيم
النخعي انه قال ما دون الموضحة حدوش فيها حكومة عدل وكذا روي
عن عمر بن عبد العزيز وعن الشعبي انه قال ما دون الموضحة فيه اجرة
الطبيب وجه رواية الحسن ان ما دون الموضحة مما ذكرنا لا حد له تنتهي
اليه السكين فلا يمكن الاستيفا بصفة المماثلة وجه رواية الاصل
ان استيفا المثل فيه ممكن لانه يمكن معرفة قدر غور الجراحة بالمسبار
ثم اذا عرف قدره به يعمل حديدة على قدره فتنفذ في اللحم الى اخرها
فيستوفي منه مثل ما فعل ثم ما يجب فيه القصاص من الشجاج لا يقتص

من الشاج الا في موضع الشجة من المشجوج من مقدم راسه ومؤخره ووسطه
وجنبيه لان وجوب القصاص للشين الذي يلحق المشجوج وذا يختلف
باختلاف المواضع من الراس الا ترى ان الشين في مؤخر الراس لا يكون
مثل الشين في مقدمه ولهذا يستوفى على مساحة الشجة من طولها وعرضها
ما امكن لاختلاف الشين باختلاف الشجة في الصغر والكبر وعلى هذا
يخرج ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت الشجة ما بين قرني المشجوج
وكبر راس الشاج انه لا يستوعب ما بين قرني الشاج في القصاص لان في
الاستيعاب استيفا الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ولكن
يخير المشجوج ان شا اقتص من الشاج حتى يبلغ مقدار شجته في الطول
ثم يكف وان شا عدل الى الارش لانه وجد حقه ناقصا لان الشجة الاولى
وقعت مستوعبة والثانية لا يمكن استيعابها فيثبت له الخيار فان
شا استوفى حقه ناقصا تشفيا للصدر وان شا عدل الى الارش كما قلنا
في الاشل اذا قطع يد الصحيح واذا اختار القصاص له ان يبدا من اي
الجانبين شا لان كل ذلك حقه فله ان يبتدي من ايهما شا وان كانت الشجة تاخذ
ما بين قرني المشجوج ولا تفضل وهي تاخذ ما بين قرني الشاج وتفضل عن
قرنيه لكبر راس المشجوج وصغر راس الشاج فالمشجوج بالخيار ان شا
اخذ الارش وان شا اقتص ما بين قرني الشاج لا يزيد على ذلك شيا لانه
لا سبيل الى استيفا الزيادة على ما بين قرني الشاج لانه ما زاد على ما بين قرني
المشجوج فلا يزاد على ما بين قرنيه فيخير المشجوج لانه وجد حقه ناقصا
اذ الثانية دون الاولى في قدر الجراحة فان شا رضي باستيفا حقه ناقصا
واقتصر على ما بين قرني الشاج طلبا للتشفي وان شا عدل الى الارش وان
كانت الشجة لا تاخذ بين قرني المشجوج وهي تاخذ ما بين قرني الشاج لا
يجوز ان يستوعب ما بين قرني الشاج كله بالقصاص لان الشجة الاولى وقعت
غير مستوعبة فالاستيعاب في الجزا يكون زيادة وهذا لا يجوز وان كان ذلك
مقدار شجته في المساحة كما لا يجوز استيفا ما فضل عن قرني الشاج في المسلة الاولى
وان كان زاد ذلك مقدار الشجة الاولى في المساحة وله الخيار لتعذر استيفا مثل
شجته في مقدارها في المساحة في الطول فان شا اقتص ونقص عما بين
قرني الشاج وان شا ترك واخذ الارش وان كانت الشجة في طول راس
المشجوج وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ من الشاج الى قفاه يخير المشجوج

م وهي لا تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر راس المشجوج صح

ان شا اقتص مقدار شجته الى مثل موضعها من راس الشاج لا يزيد عليه وان شا اخذ
الارش لما بينا فيما تقدم وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الرازي انه قال اذا
استوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج ولا تستوعب ما بين قرني الشاج يقتص
من الشاج ما بين قرنيه كله وان زاد ذلك على طول الشجة الاولى لانه لا عبرة
بالصغر والكبر في القصاص بين العضوين كما في اليدين والرجلين انه يجري
القصاص بينهما وان كانت احداهما اكبر من الاخرى فكذا في الشجة وهذا
الاعتبار غير سديد لان وجوب القطع هناك لفوات المنفعة وانها لا تختلف
بالصغر والكبر الا ترى ان اليد الصغيرة قد تكون اكثر منفعة من الكبيرة فاذا لم
يختلف ما له وجب له لم يختلف الوجوب بخلاف الشجة لان وجوب القصاص
فيها للشين الذي يلحق المشجوج وانه يختلف فيزداد بزيادة الشجة وينتقص
بنقصانها لذلك افترق الامران والله الموفق للصواب واما الجراح فان مات
من شي منها المجروح وجب القصاص لان الجراحة صارت بالسراية نفسا
وان لم يمت فلا قصاص في شي منها سوا كانت جايفة او غيرها لانه لا يمكن
استيفا القصاص فيها على وجه المماثلة ومنها ان يكون الجاني والمجني
عليه حرين فان كان احدهما حرا والاخر عبدا او كانا عبدين فلا قصاص
فيه ومنها ان يكونا ذكرين او انثيين عندنا فان كان احدهما ذكرا والاخر
انثى فلا قصاص فيه عند اصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط ويجري
القصاص بين الذكر والانثى فيما دون النفس كما يجري في النفس وهذان
الشرطان في الحقيقة عندنا متداخلان لانهما دخلا في شرط المماثلة لان
المماثلة في الارش شرط وجوب القصاص فيما دون النفس بدليل ان
الصحيح لا يقطع بالاشل ولا كامل الاصابع بناقص الاصابع ولما ذكرنا فيما تقدم
ان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال والمماثلة في الاموال في
باب الاموال معتبرة ولم توجد المماثلة بين الاحرار والعبيد في الارش
لان ارش طرف العبد ليس بمقدر بل يجب باعتبار قيمته وارش طرف الحر
مقدر فلا يوجد التساوي بين ارشيهما فلئن اتفق استواهما في القدر
فلا يعتبر ذلك لان قيمة طرف العبد تعرف بالحزر والظن بتقويم المقومين
فلا تعرف المساواة فلا يجب القصاص وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد
لانهم ان اختلفت قيمتهم فلم يوجد التساوي في الارش وان استوت قيمتهم فلا
يعرف ذلك الا بالحزر والظن لانه يعرف بتقويم المقومين وذلك يختلف

م بين ط

ولا يعرف التساوي في اروشهم فلا يجب القصاص او يبقى فيه شبهة العدم
والشبهة في باب القصاص ملحقة بالحقيقة ولا بين الذكور والاناث فيما دون
النفس لان ارش الانثى نصف ارش الذكر وعند الشافعي رحمه الله المساواة
في الاروش في الاحرار غير معتبرة وجه قوله ان القصاص جرى بين نفسيهما
فيجري بين طرفيهما لان الطرف تابع للنفس ولنا انه لا مساواة بين ارشيهما
فلا قصاص في طرفيهما كالصحيح مع الاشل ولا قصاص في الاظفار لانعدام
المساواة في اروشهما لان ارش الظفر الحكومة وانها تعرف بالحزر والظن
والله اعلم **فصل** واما كون الجناية فيما دون النفس بالسلاح فليس بشرط
لوجوب القصاص فيه فسوا كانت بسلاح او غيره يجب فيه القصاص لانه
ليس فيما دون النفس شبه عمد وانما عمدا او خطا لما ذكرنا فيما تقدم فاستوى فيه م
فيهما السلاح وغيره هذا الذي ذكرنا شرايط وجوب القصاص فيما دون النفس
واما بيان وقت الحكم بالقصاص فيما دون النفس فوقته ما بعد البرء فلا يحكم
بالقصاص فيه ما لم يبرأ وهذا عندنا وعند الشافعي وقته ما بعد الجناية ولا
ينتظر وجه قوله انه وجب القصاص للحال فله ان يستوفي الواجب للحال
ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستقاد من الجراحة حتى
يبرا وروي ان رجلا جرح حسان بن ثابت رضي الله عنه في فخذه بعظم فجا
الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال عليه السلام
انتظروا ما يكون من صاحبكم فانا والله منتظره وهو انه يحتمل السراية والجراحة
عند السراية تصير قتلا فتبين انه استوفى غير حقه وهذا فرع مسالة
ذكرناها وهي ان المجروح اذا مات بالجراحة يجب القصاص في النفس عندنا صح
لا في الطرف وعند الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل **فصل**
واما الذي فيه دية كاملة فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان سبب
الوجوب وفي بيان شرايطه اما السبب فهو تفويت المنفعة الجنس المقصودة من العضو على الكمال وهو تفويت منفعة م
وتفويت الجمال على الكمال وذلك في الاصل باحد امرين بابانة العضو
واذهاب معنى العضو مع بقا العضو صورة اما الاول فالاعضا التي تتعلق
بابانتها كمال الدية انواع ثلاثة نوع لا نظير له في البدن وهو ثلثة اعضا ونوع في البدن منه اثنان ونوع في البدن منه اربعة اما الذي لا نظير له في البدن م
احدها الانف سوا استوعب جدعا او قطع المارن منه وحده وهو ما
لان من الانف والثاني اللسان سوا استوعب قطعا او قطع منه ما يذهب
بالكلام كله والثالث الذكر سوا استوعب قطعا او قطعت الحشفة منه

وحدها

وحدها والاصل فيه ما روي عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الانف الدية وفي
المارن الدية وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن
حزم رضي الله عنه وفي النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية ولانه
ابطل المنافع المقصودة من هذه الاعضا والجمال ايضا من بعضها والمقصود من
الانف الشم والجمال ايضا ومن اللسان الكلام ومن الذكر الجماع والحشفة تتعلق
بها منفعة الانزال وقد زال ذلك كله بالقطع وان كان ذهب بعض الكلام بقطع
بعض اللسان دون بعض ففيه حكومة العدل لانه لم يوجد تفويت
المنفعة على سبيل الكمال وقيل تقسم الدية على عدد حروف الهجا فيجب
من الدية بقدر ما فات من الحروف ونقلت هذه القضية عن علي رضي الله عنه
لان المقصود من اللسان هو الكلام وقد فات بعضه دون بعض فيجب من الدية
بقدر الفايت منها لكن انما يدخل في القسمة الحروف التي تفتقر الى اللسان
فاما ما لا يفتقر الى اللسان من الشفوية والحلقية كالبا والفا والها ونحوها
فلا يدخل في القسمة والرابع الصلب اذا احدودب بالضرب او انقطع الما
وهو المني ففيه دية كاملة لوجود تفويت منفعة الجنس والخامس
مسلك البول والسادس مسلك الغايط من المراة اذا افضاها انسان
وصارت لا تستمسك البول او الغايط فعليه دية كاملة وان صارت
ده لا تستمسكهما فعليه لكل واحد منهما دية كاملة لانه فوت منفعة مقصو
بالعضو على الكمال فيجب عليه كمال الدية واما الاعضا التي في البدن منها
اثنان فالعينان والاذنان والشفتان والحاجبان اذا ذهب شعرهما
ولم ينبت والثديان والحلمتان والانثيان والاصل فيه ما روي عن
سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي الاذنين الدية
وفي العينين الدية وفي الرجلين الدية ولان في قطع كل اثنين من هذين
العضوين تفويت منفعة الجنس منفعة مقصودة او تفويت الجمال
على الكمال كمنفعة البصر في العينين او البطش في اليدين والمشي في
الرجلين والجمال في الاذنين والحاجبين اذا لم ينبتا والشفتين
ومنفعة امساك الريق في احداهما وهي السفلى والثديان وكاللبن وفي
الحلمتين منفعة الرضاع والانثيان وكالمني واما الاعضا التي في البدن
منها اربعة فنوعان احدهما اشفار العينين وهي منابت الاهداب اذا

لم تنبت لما في تفويتها تفويت منفعة البصر والجمال ايضا علي الكمال وفي كل شفر منها
ربع الدية والثاني الاهداب وهي شعر الاشفار اذا لم تنبت واما اذهاب
معني العضو مع بقايه صورة فنحو العقل والسمع والبصر والكلام والشم
والذوق والجماع والايلاد بان ضرب علي انسان فذهب عقله او سمعه او بصره
او كلامه او شمه او ذوقه او جماعه او ايلاده بان ضرب علي ظهره فذهب ماء صلبه
والاصل فيه ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قضي في رجل واحد باربع ديات
ضرب علي راسه فذهب عقله وكلامه وبصره وذكره ولانه فوت المنافع
المقصودة من هذه الاعضا علي سبيل الكمال اما العقل فلان تفويته تفويت
منافع الاعضا كلها لانه لا يمكن الانتفاع بها فيما وضعت له بفوت العقل الا
تري ان افعال المجانين تخرج مخرج افعال البهايم فكان اذهابه ابطالا
للنفس معني واما السمع والبصر والكلام والشم والذوق والجماع والايلاد
فكل واحد منها منفعة مقصودة وقد فوتها كلها ولو ضرب علي راس
رجل فسقط شعره او علي راس امراة فسقط شعرها او حلق لحية رجل
او نتفها او حلق شعر امراة ولم ينبت فان كان نجزا ففيه الدية عند
اصحابنا وعند الشافعي فيه حكومة وجه قوله انه لا يجب كمال الدية
الا باتلاف النفس لان الدية بدل النفس الا ان الشرع ورد بذلك عند تفويت
منفعة الجنس بجعل النفس تالفة من وجه ولم يوجد ذلك في حلق الشعر
فبقي الحكم فيه مردودا الي الاصل ولهذا لم يجب في حلق شعر سائر البدن ولنا
ان الشعر للنسا والرجال جمال كامل وكذا اللحية للرجال والدليل عليه
ما روي من الحديث ان لله تعالي في سما الدنيا ملايكة من تسبيحهم سبحان
الذي زين الرجال باللحا والنسا بالذوايب وتفويت الجمال علي الكمال
في حق الحر يوجب كمال الدية كالمارن والاذن الشاخصة والجامع بينهما
اظهار شرف الادمي وكرامته وشرفه في الجمال فوق شرفه في
المنافع ثم تفويت المنافع علي الكمال لما اوجب كمال الدية فتفويت الجمال
علي الكمال اولي بخلاف شعر ساير البدن لانه لا جمال فيه علي الكمال لانه لا
يظهر للناس فتفويته لا يوجب كمال الدية وقد روي عن علي رضي الله عنه
انه قال في الراس اذا حلق فلم تنبت الدية كاملة وكذا روي عنه انه قال في
اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية وروي ان رجلا اغلا ما قصعة علي راس رجل
فانسلخ جلد راسه فقضي علي رضي الله عنه بالدية وعن الفقيه ابي جعفر الهندواني

م من
ملاقلنا صح
م رأسه
كما في قطع اليدين والرجلين ويجوز ذلك لان تفويت منفعة الجنس م

رحمه الله انه قال انما يجب كمال الدية في اللحية اذا كانت كاملة بحيث يتجمل
بها فاما اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شي فيها وان كانت
غير متوفرة بحيث يقع بها الجمال الكامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل
واما شعر العبد ولحيته فذكر في الاصل ان فيه حكومة وروي الحسن
عن ابي حنيفة ان فيهما القيمة وجه هذه الرواية ان القيمة في العبيد كالدية
في الاحرار فلما وجبت في الحر الدية تجب في العبد القيمة وجه رواية
الاصل ان الجمال في العبيد ليس بمقصود بل المقصود منهم الخدمة وتفويت
ما ليس بمقصود لا يتعلق به كمال الدية ولو حلق راس انسان او شعره
ثم نبت فلا شي عليه لان النابت قام مقام الفايت فكانه لم يفت الجمال
اصلا وفي الصعر وهو اعوجاج الرقبة كمال الدية لوجود تفويت
منفعة مقصودة وهو تفويت الكمال واما شرايط الوجوب فمنها
ان تكون الجناية خطا مما في عمده القصاص واما ما لا قصاص في عمده
فيستوي فيه العمد والخطا وقد بينا ما في عمده القصاص وما لا قصاص
فيه فيما تقدم ومنها ان يكون المجني عليه ذكرا فان كان انثي فعليه دية
الانثي وهي نصف دية الذكر سوا كان الجاني ذكرا او انثي لاجماع
الصحابة علي تنصيف دية الانثي من دية الذكر علي ما ذكرنا في دية
النفس ومنها ان يكون الجاني والمجني عليه حرين فان كان الجاني
حرا والمجني عليه عبدا فلا دية فيه وفيه القيمة في قول ابي حنيفة رحمه الله
عليه ثم ان كان قليل القيمة وجب جميع قيمته وان كان كثير القيمة بان بلغت
الدية ينقص من قيمته عشرة كذا روي ابو يوسف عن ابي حنيفة انه
قال كل شي من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة وكل شي من الحر فيه
نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات
وعموم هذه الرواية يقتضي ان كل شي من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد
فيه ذلك القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصد به المنفعة كالعين
واليد والرجل وبين ما يقصد به الجمال والزينة مثل الحاجب والشعر
والاذن وهكذا روي الحسن عنه انه ان حلق احد حاجبيه فلم ينبت او نتف
اشفار عينيه الاسفل او الاعلي يعني اهدابه فلم تنبت او قطع احدي
شفتيه العليا او السفلي ان عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة وقال
ابو يوسف رجع ابو حنيفة في حاجب العبد وفي اذنيه وقال فيه حكومة

به
م الجمال على

عدل وكذا في ق محمد رحمه الله استقبح ابو حنيفة ان يضمن في اذن العبد نصف
القيمة وهذا دليل الرجوع ايضا والحاصل ان الواجب فيما يقصد به المنفعة
هو القيمة رواية واحدة عنه وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان
وق ل محمد الواجب في ذلك كله النقصان يقوم العبد مجنيا عليه ويقوم
وليس به الجناية فيغرم الجاني فضل ما بين القيمتين وهو قول ابي يوسف
الاخير وقوله الاول مع ابي حنيفة وجه قول محمد ان ما دون النفس
من العبد له حكم المال لانه خلق لمصلحة النفس كالمال وبدليل انه لا
يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فكان ضمانه ضمان الاموال وضمان
الاموال غير مقدر بل يجب بقدر نقصان المال كما في ساير الاموال وجه
رواية الجمع لابي حنيفة ان القيمة في العبد كالدية في الحر فلما جاز تقدير
ضمان جناية الحر بديته جاز تقدير ضمان جناية العبد بقيمته لان التقدير
قد دخل على الجناية عليه في النفس حتى لا تبلغ الدية اذا كان كثير القيمة
فجاز ان يدخل في ضمان الجناية فيما دون النفس كالحر وجه رواية
الفرق له ان الجمال ليس بمقصود في العبيد بل المقصود منهم الخدمة
فاما المنفعة فمقصودة من الاحرار والعبيد جميعا ولان ما دون النفس
من العبد له شبه النفس وشبه المال اما شبه النفس فظاهر لانه
من اجزاء النفس حقيقة واما شبه المال فلانه لا يجب فيه القصاص
ولا تتحمله العاقلة فيجب العمل بالشبهين فيعمل بشبه النفس فيما يقصد
به المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة كما لو جني على النفس ويعمل بشبه المال
فيما يقصد به الجمال فلم يتقدر ضمانه بالقيمة كما اذا اتلف المال عملا
بالشبهين بقدر الامكان وقد خرج الجواب عما ذكر محمد رحمه الله
من عدم وجوب القصاص وتحمل العاقلة لان ذلك عمل بشبه المال
وانه لا ينفي العمل بشبه النفس فيجب العمل بهما جميعا وذكرنا فلنا ثم
الحر اذا فقا عيني عبد انسان او قطع يديه او رجليه حتى وجب عليه كمال
القيمة فمولاه بالخيار ان شا سلمه الى الفاقيء واخذ قيمته وان شا امسكه
ولا شيء له وق ل ابو يوسف ومحمد له ان يمسكه وياخذ ما نقصه وق ل
الشافعي رحمه الله له ان يمسكه وياخذ جميع القيمة وجه قول الشافعي
ان الواجب وهو القيمة ضمان العضوين الفايتين لا غير فيبقى الباقي على ملكه
كما لو فقا احدى عينيه او قطع احدى يديه انه يضمن نصف قيمته ويبقى

الباقي على ملك مالكه كذا هذا وجه قولهما ان الضمان بمقابلة العينين كما
ق ل الشافعي لكن الرقبة هلكت من وجه لفوات منفعة الجنس فيخير المولى
ان شا مال الى جهة الهلاك وضمنه القيمة وسلم العبد الى الفاقيء لوصول
عوض الرقبة اليه وان شا مال الى جهة القيام وامسكه وضمن النقصان
وهو بدل العينين كما يخير صاحب المال عند النقصان الفاحش في
المواضع كلها ولابي حنيفة انه لما وصل الى المولى بدل النفس فلو بقي العبد
على ملكه لاجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فيما يصح تمليكه بعقود د
المعاوضات وهذا لا يجوز كما لا يجوز اجتماع المبيع والثمن في ملك رجل
واحد فيما يصح تمليكه ولا يلزم ما اذا غصب مدبرا فابق من يده ان المولى
يضمنه قيمته والمدبر على ملكه لانه لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولا
يلزم الهبة بشرط العوض اذا سلم الهبة ولم يقبض العوض انه اجتمع على
ملك الموهوب له العوض والمعوض ولا يلزم البيع الفاسد اذا قبض م لان العوض قبل القبض لا يصير عوضا فلم يجتمع العوض والمعوض صح
المشتري المبيع ولم يسلم الثمن لان الثمن ليس ببدل في البيع الفاسد انما
البدل القيمة وقد ملكها البايع حين ملك المشتري المبيع فلم يجتمع البدل
والمبدل في ملكه ولا يلزم ما اذا اشترى عبدا بجارية على انه بالخيار
فقبض العبد فاعتقهما جميعا انه ينفذ اعتاقه فيهما جميعا وقد اجتمع
العوض والمعوض على ملكه لانه لما اعتقهما فسد البيع في الجارية وصار
العوض عن العبد القيمة وملكها البايع في مقابلة ملك العبد فلم يجتمع
العوض والمعوض ولا يلزم ما اذا استاجر شيا وعجل الاجرة ان المواجر يملكها
والمنافع على ملكه فقد اجتمع البدل والمبدل في ملك واحد لان المنافع لا
تملك عندنا الا بعد وجودها وكلما وجد جزء منها حدث على ملك
المستاجر فلم يجتمع العوض والمعوض على ملك المواجر ولا يلزم ما اذا
غصب عبدا فجنى جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية اخرى ودفعه م عنده صح
بالجنايتين انه يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعها الى ولي
الجناية الاولى ومعلوم ان نصف القيمة عوض عن نصف الرقبة الذي سلم
له فقد اجتمع في ملكه وهو نصف العبد العوض والمعوض لان الممتنع اجتماع
العوض والمعوض في ملك رجل بعقد المعاوضة ولم يوجد هنا لان ولي
الجناية انما ياخذ عوضا عن جنايته لا عن المال واجتماع العوض والمعوض
في ملك رجل واحد بغير عقد المعاوضة جايز كمن استوهب المبيع من

البايع والثمن من المشتري او ورثتهما والله اعلم وان كان الجاني عبدا والمجني عليه
حرا او كانا جميعا عبدين فحكم هذه وجوب الدفع الا ان يختار المولى الفدا على [الجناية م]
ما ذكرنا في جنايات العبيد والله الموفق **فصل** واما الذي يجب فيه [بلغ]
ارش مقدر ففي كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية وفي احدهما نصف الدية
من احدى العينين واليدين والرجلين والاذنين والحاجبين اذا لم
ينبت والشفتين والانثيين والثديين والحلمتين لما روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية
وفي احداهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان
كل الدية عند قطع العضوين تنقسم عليهما فيكون في احدهما النصف لان وجوب
الكل في العضوين لتفويت كل المنفعة المقصودة من العضوين والفايت بقطع
احدهما النصف فيجب فيه نصف الدية ويستوي فيه اليمين واليسار
لان الحديث لا يوجب الفصل بينهما وسوا ذهب بالجناية على العين نور البصر
دون الشحمة او ذهبت مع الشحمة لان المقصود من العين البصر والشحمة
فيه تابعة وكذا العليا والسفلى من الشفتين سوا عند عامة الصحابة وروي
عن زيد بن ثابت انه فصل بينهما فاوجب في السفلى الثلثين وفي العليا
الثلث لزيادة جمال ومنفعة في السفلى وبقية الصحابة سووا بينهما وهو قول [في العليا م]
جماعة من التابعين مثل شريح وابراهيم وغيرهما وسوا قطع من ثدي المراة [الحلمة م]
او قطع الثدي وفيها الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدي تبع لان المقصود
من الثدي وهو منفعة الرضاع تفوت بفوات الحلمة وسوا كان ذلك بضربة
او ضربتين اذا كان قبل البرء من الاولى لان الجناية لا تستقر قبل البرء فاذا
اتبعها الثانية قبل استقرارها صار كانه اوقعهما معا وفي اصابع اليدين
والرجلين في كل واحدة منها عشر الدية وهي في ذلك سوا لا فضل لبعض
على بعض والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في
كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين اصبع واصبع وروي عن عبد الله بن
عباس رضي الله عنهما انه قال هذه وهذه سوا واشار الى الخنصر والابهام
وسوا قطع اصابع اليد وحدها او قطع الكف ومعها الاصابع وكذلك
القدم مع الاصابع لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في الاصابع
في كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بينهما اذا قطع الاصابع وحدها او قطع
الكف التي فيها الاصابع لان الاصابع اصل والكف تابعة لها لان المنفعة المقصودة

من

من اليد البطش وانها تحصل بالاصابع فكان اتلافها اتلافا لليد وسوا قطع
الاصابع او شل من الجراحة او يبس ففيه عقلها تاما لان المقصود منه يفوت
وما كان من الاصابع فيه ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الاصبع وما
كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف دية الاصبع لان ما في الاصبع ينقسم [في م]
على ما فيه من مفاصلها كما ينقسم ما في اليد على عدد الاصابع وفي احدى اشفار العينين
ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي الثلاث ثلاثة ارباع الدية ان لم
تنبت لان في الاشفار كلها كل الدية فتنقسم الدية على عددها كما تنقسم الدية
على اليدين وان نبتت فلا شي فيه وسوا قطع الشفر وحده او قطع معه
الجفن لان الجفن تبع للشفر كالكف والقدم للاصابع وكذا اهداب العينين اذا لم
تنبت حكمها حكم الاشفار وفي كل سن خمس من الابل يستوي فيه المقدم والمو [خر]
والثنايا والاضراس والانياب والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال في كل سن خمس من الابل من غير فصل بين سن وسن ومن الناس
من فصل ارش الضواحك وهذا غير سديد لان الحديث لا يوجب الفصل [الطواحن على ارش صح]
وهذا الا يجري على قياس الاصابع لان الشرع ورد في كل سن بخمس من الابل
لان الاسنان اثنان وثلاثون فيزيد الواجب في جملتها على قدر الدية
ولو ضرب رجلا ضربة والقى اسنانه كلها فعليه دية وثلاثة اخماس
الدية لان جملة الاسنان اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا واربعة انياب
واربعة ثنايا واربعة ضواحك في كل سن نصف عشر الدية فيكون في جملتها ستة
عشر الف درهم وهي دية وثلاثة اخماس دية يودي هذه الجملة في
ثلاث سنين في السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من ذلك من الدية الكاملة
وهي عشرة الاف درهم وثلث من ثلاثة اخماس الدية وهي ستة الاف درهم
وفي السنة الثانية الثلث من الدية الكاملة والباقي من ثلاثة اخماس
الدية وفي السنة الثالثة ثلث الدية وهو ما بقي من الدية الكاملة وانما [وهي اربعة آلاف درهم صح]
كان كذلك لان الدية الكاملة تودي في ثلاث سنين وفي كل سنة ثلثها
وثلاثة اخماس الدية وهي ستة الاف تودي في سنتين من السنين
الثلاث وهذا يلزم ان يكون قدر المودي من الدية الكاملة والناقصة
في السنتين الاوليين وقدر المودي من الدية الكاملة في السنة الثالثة
ما وصفنا والله اعلم ولو ضرب على راس انسان وتحركت ينتظر بها حولا لما
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يستانا بالجراح حتى تبرا والقد [ير]

بالسنة لانها مدة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت
وسواء كان المضروب صغيرا او كبيرا كذا روي في المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله
انه يؤجل سنة سواء كان صغيرا او كبيرا وقال ابو يوسف ينتظر في الصغير
ولا ينتظر في الرجل وعن محمد انه ينتظر اذا تحركت واذا سقطت لا ينتظر
وجه قول محمد ان السن اذا تحركت قد تثبت وقد تسقط فاما اذا
سقطت فالظاهر انها لا تنبت وجه قول ابي يوسف في الفرق بين الصغير
والكبير ان سن الصغير ينبت ظاهرا وغالبا وسن الكبير لا ينبت ظاهرا
وجه قول ابي حنيفة ان احتمال النبات ظاهر فيجب التوقف فيه وان
اشتدت ولم تنبت فلا شي فيها وروي عن ابي يوسف فيها حكومة عدل
وان تغيرت فان كان التغير الى السواد او الى الحمرة او الخضرة ففيها الارش
تاما لانه ذهبت منفعتها وذهاب منفعة العضو بمنزلة ذهاب العضو
وان كان التغير الى الصفرة ففيها حكومة عدل وروي عن ابي حنيفة انه
ان كان حرا فلا شي فيه وان كان مملوكا ففيه الحكومة وهذه الرواية لا تكاد
تصح عنه لان الحر اولى بايجاب الارش من العبد وقال زفر في الصفرة الارش
تاما كما في السواد لان كل ذلك يفوت الجمال ولنا ان الصفرة لا توجب
فوات المنفعة وانما توجب نقصانها فتوجب حكومة العدل وروي
عن ابي يوسف انه ان كثرت الصفرة حتى تكون عيبا كعيب الحمرة
والخضرة ففيها عقلها تاما ويجب ان يكون هذا قولهم جميعا وان
سقطت فان نبت مكانها اخرى ينظر ان نبتت صحيحة فلا شي فيها
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه الارش كاملا كذا ذكر الكرخي
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان على قول ابي يوسف فيها
حكومة العدل فوجه قول ابي يوسف انه فوت السن والنابت لا يكون
عوضا عن الفايت لان هذا العوض من الله تعالى فلا يسقط به الضمان
الواجب كمن اتلف مال انسان ثم ان الله تعالى رزق المتلف عليه مثل المتلف
ولابي حنيفة رحمه الله ان السن نبتت نباتها فلولا ان الحكم يختلف بالنبات
لم يكن للاستيناء معنى لانها لما نبتت فقد عادت المنفعة والجمال وقامت
النابتة مقام الاولى كان الاولى قايمة كسن الصبي هذا اذا نبتت بنفسها
فاما اذا ردها صاحبها الى مكانها فاشتدت ونبت عليها اللحم فعلى القالع
الارش بكماله لان المعاد لا ينتفع به لانقطاع العروق بل يبطل بادنى شي

فكانت

فكانت اعادتها والعدم بمنزلة واحدة ولهذا جعلها محمد رحمه الله في حكم الميتة
حتى قال ان كانت اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة معها وابو يوسف
فرق بين سن نفسه وسن غيره واجاز الصلاة في سن نفسه دون سن
غيره وعلى هذا اذا قطع اذنه فخاطها فالتحم انه لا يسقط عنه الارش لانها
لا تعود الى ما كانت عليه فلا يعود الجمال هذا اذا نبت مكانها اخرى
صحيحة فاما اذا نبتت معوجة ففيها حكومة العدل بالاجماع وان
نبتت متغيرة بان نبتت سوداء او حمراء او خضراء او صفراء فحكمها حكم ما
لو كانت قايمة فتغيرت بالضربة لان النابت قام مقام الذاهب فكان
الاولى قايمة وتغيرت وقد بينا حكم ذلك واما سن الصبي اذا ضرب
عليها فسقطت فان كان قد ثغر فسنه وسن البالغ سواء وقد ذكرناه
وان كان قبل ان يثغر فان لم تنبت او نبتت متغيرة فكذلك وان نبتت
صحيحة فلا شي فيها في قول ابي حنيفة كما في سن البالغ وفي قول ابي يوسف
فيها حكومة الالم وفرق ابو يوسف على ما ذكره الكرخي بين سن البالغ
والصبي لان سن الصبي اذا لم يثغر لا ثبات له الا على شرف السقوط
بخلاف سن البالغ وهذه فرعية مسألة الشجة اذا التحمت ونبت
الشعر عليها انه لا شي على الشاج في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف فيها
حكومة الالم وعند محمد فيها اجرة الطبيب والمسألة تاتي في بيان حكم
الشجاج ان شاء الله تعالى ولو ضرب على سن انسان فتحركت فاجله القاضي سنة
ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فقال انما سقطت من ضربتك وقال
الضارب ما سقطت بضربتي فالمضروب لا يخلو اما ان جاء في السنة
واما ان جاء بعد مضي السنة فان جاء في السنة فالقياس ان يكون القول قول
الضارب وفي الاستحسان القول قول المضروب ولو شج راس انسان
موضحة فصارت منقلة فاختلفا في ذلك فقال المشجوج صارت منقلة
بضربتك وعليك ارش المنقلة وقال الشاج لا بل صارت منقلة بضربة
اخرى حدثت فالقياس على السن ان يكون القول قول المشجوج وفي
الاستحسان القول قول الشاج وللقياس وجهان احدهما ان المضروب
والمشجوج يدعيان على الضارب والشاج الضمان وهما ينكران والقول
قول المنكر مع يمينه والثاني انه وقع التعارض بين قوليهما والضمان لم
يكن واجبا فلا يجب بالشك والى هذا اشار محمد في الاصل فقال استحسن

في السن لورود الاثر والاثر عن ابراهيم النخعي وللاستحسان وجهان من الفرق
احدهما ان الظاهر شاهد للمضروب في مسئلة السن لان سبب السقوط
حصل من الضارب وهو الضرب المحرك لان التحرك سبب السقوط فكان
الظاهر شاهدا للمضروب بخلاف الشجة لان الشجة الموضحة لا تكون سببا
لصيرورتها منقلة فلم يكن الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له
الظاهر والثاني انه لما جرى التاجيل حولا في السن والتاجيل مدة الحول
لانتظار ما يكون من الضربة فاذا جا في الحول وقد سقطت سنه فقد
جا بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار فكان الظاهر شاهدا
له فاما الشجة فلم يقدر في انتظارها وقت فكان القول للشاج في قدر (م قوله)
الشجة وان جا بعد مضي السنة فالقول قول الضارب لان التاجيل مدة الحول
لاستقرار حال السن لظهور حالها في هذه المدة عادة فاذا لم يجي
دل على سلامتها عن السقوط بالضربة فكان السقوط محالا الى سبب
حادث فكان الظاهر شاهدا للضارب او لم يشهد لاحدهما فيبقى
المضروب مدعيا ضمانا على الضارب وهو ينكر فالقول قوله او يقع
التعارض فيقع الشك في وجوب الضمان والضمان لا يجب بالشك وكذا
على الوجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لانتظار حال السن فاحتمل
السقوط من ضربة اخرى من غيره واحتمل من ضربته فلا يمكن القول
بوجوب الضمان مع وقوع الشك في وجوبه والله اعلم واما الشجاج فالكلام
في الشجة يقع في موضعين احدهما في بيان حكمها بنفسها والثاني في
بيان حكمها بغيرها اما الاول فالموضحة اذا برات وبقي لها اثر ففيها
خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة
ثلث الدية هكذا روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في الموضحة
خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة
ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج ارش مقدر وان لم يبق
لها اثر بان التحمت ونبت عليها الشعر فلا شي فيها في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف عليه حكومة الالم وقال محمد عليه اجرة الطبيب
وجه قول محمد ان اجرة الطبيب انما لزمته بسبب هذه الشجة فكانه
اتلف عليه هذا القدر من المال ولابي يوسف ان الشجة قد تحققت ولا
سبيل الى اهدارها وقد تعذر ايجاب ارش الشجة فيجب ارش الالم وجه

قول

قول ابي حنيفة ان الارش انما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالاثر وقد زال
ذلك فيسقط الارش والقول بلزوم حكومة الالم غير سديد لان مجرد الالم
لا ضمان له في الشرع كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا وكذا ايجاب اجرة الطبيب
واما حكمها بغيرها بان شج راس انسان موضحة فسقط شعر راسه او ذهب
عقله او بصره او سمعه او كلامه او شمه او ذوقه او جماعه او ايلاده فلا شك
في انه يجب عليه ارش هذه الاشيا وهل يجب عليه ارش الموضحة ام يدخل
في ارشها قال ابو حنيفة ومحمد لا يدخل ارش الموضحة الا في الشعر والعقل
ولا يدخل فيما وراء ذلك وقال ابو يوسف في الاملا يدخل في الكل الا في البصر
وقال الحسن بن زياد لا يدخل الا في الشعر فقط وقال زفر ان الشجة وازهاق
الشعر والعقل وغيرهما جنايتان مختلفتان فلا تدخل احدهما في
الاخرى كساير الجنايات من قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك وجه
قول الحسن انهما جنايتان اختلف محلهما والمقصود منهما فلا يدخل
ارش احداهما في الاخرى كارش اليدين والرجلين ولابي يوسف ان
السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيدخل فيها ارش
الموضحة كالعقل فاما البصر فظاهر فلا يدخل فيه الموضحة كاليد والرجل
وهذا الفرق يبطل بطل بالشعر لانه ظاهر ويدخل ارش الموضحة فيه
ولابي حنيفة ومحمد الفرق بين الشعر والعقل وبين غيرهما ووجهه
ان في الشعر الجناية حلت في عضو واحد بفعل واحد بسبب واحد اما
اتحاد العضو فلا شك فيه لان كل ذلك حصل في الراس واما الفعل فلانه
لم يوجد منه الا الشجة واما اتحاد السبب فلان دية الشعر تجب بفوات
الشعر وارش الموضحة يجب لفوات جزء من الشعر فكان سبب وجوبهما
واحدا فيدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت اليد ان ارش
الاصبع يدخل في دية اليد كذا هذا وفي العقل الواجب دية النفس فيدخل
فيه ارش الموضحة كما اذا شج راسه موضحة فسرى الى النفس فمات فاما
في السمع والبصر والكلام ونحوها فقد اختلف المحل والسبب
والمقصود فامتنع التداخل وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في
شجة واحدة بديات اربعة فان اختلفا في ذهاب البصر والسمع والكلام
والشم فطريق معرفتها اعتراف الجاني وتصديقه المجني عليه او نكوله
عن اليمين وقد يعرف البصر بنظر الاطبا بان ينظر اليه طبيبان

(م) لان المنافع على اصل اصحابنا لا تتقوم الا بالعقد او شبهة العقد ولم يوجد في حق الجاني العقد ولا شبهته فلا يجب عليه اجرة الطبيب م

(م) لا يدخل في شي من ذلك اصلا وجه قول زفر م

(م) من حيث المعنى لان جميع منافع النفس تتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى فكان الواجب دية النفس م

(ط) السبب والمحل لان سبب الوجوب في كل واحد منها تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف م

عدلان لانه ظاهر يمكن معرفته وقد قيل يمتحن بالفاحشة بين يديه وفي
السمع يستغفل المدعي كما روي عن اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمهم الله
ان رجلا ضرب امراة فادعت عنده ذهاب سمعها فتشاغل عنها
بالنظر في القضاء ثم التفت اليها وقال يا هذه غطي عورتك فجمعت ذيلها
فعلم انها كاذبة في دعواها وفي الكلام يستغفل ايضا وفي الشم يختبر بالروائح
الكريهة وسوا ذهب جميع هذه الاشيا بالشجة او ذهب بعضها دون
بعض الاجتماع والافتراق في هذا سوا لان التداخل فيما يجري فيه التداخل
ليس للكثرة بل لما ذكرنا من المعنى وانه لا يوجب الفصل بين الاجتماع
والافتراق ولا تدخل ديات هذه الاشيا بعضها في بعض الا عند السراية
انه يسقط ذلك كله وعليه دية النفس لا غير لما ذكرنا ان كل واحد
من هذه الاشيا من السمع والبصر والكلام ونحوها اصل بنفسه لاختصاصه
بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة فلا يجعل تبعا لصاحبه في الارش
وانما دخلت اروشها في دية النفس عند السراية لان الاعضا كلها تابعة
للنفس فتدخل اروشها في دية النفس ثم ان كان الاول خطا تتحمله العاقلة
وان كان عمدا فدية النفس في ماله وكل ذلك في ثلاث سنين وسوا
كانت الشجة موضحة او هاشمة او منقلة او امة فالشجاج كلها في
التداخل سوا لان المعنى لا يوجب الفصل وسوا قلت الشجاج او كثرت
بعد ان لا يجاوز ارشها الدية حتى لو كانت امتين او ثلاث اوام وذهب
منها الشعر او العقل يدخل ارشها في الشعر والعقل وان كانت اربع
اوام يدخل قدر الدية لا غير ويجب فيها دية وثلث دية لان الكثير لا يتبع
القليل فيما دون النفس وعلى قول زفر عليه ديتان وثلث دية لانه لا يرى
التداخل في الشجاج اصلا وراسا ولو سقط بالموضحة بعض شعر راسه ينظر
الى ارش الموضحة والى حكومة العدل في الشعر فان كانا سوا لا يجب الا
ارش الموضحة وان كان احدهما اكثر يدخل الاقل في الاكثر ايهما كان لانهما
يجبان لمعنى واحد وهو ذهاب الشعر وكان سبب وجوبهما واحدا
فيدخل الجزء في الجملة ولو كانت الشجة في حاجبه فسقط ولم ينبت
يدخل ارش الموضحة في ارش الحاجب وهو نصف الدية كما يدخل في ارش
الشعر لما قلنا وهذه المسايل من الشجاج الخطا فاما اذا كانت الشجة عمدا فذهب
منها العقل او السمع او الشعر او غير ذلك ففيه خلاف ذكرناه فيما تقدم

فصل

76

فصل وما يلحق بمسايل التداخل ما اذا قطعت اليد وفيها اصبع واحدة او
اصبعان او ثلاث او اكثر من ذلك او اقل وجملة الكلام انه اذا قطع الكف وفيها
ثلاث اصابع فصاعدا تجب دية الاصابع ولا شي في الكف في قولهم جميعا لان الكف
تبع لجميع الاصابع بدليل انه اذا قطع الكف يجب عليه ارش الاصابع لا غير ولا يجب
لاجل الكف شي فاذا بقي اكثر الاصابع فللاكثر حكم الكل وان بقي من الكف
اقل من ثلاثة اصابع يجب ارش ما بقي منها وان كان مفصلا واحدا ولا يجب
في الكف شي في قول ابي حنيفة والاصل عند ابي حنيفة انه اذا بقي من الاصابع شي
له ارش معلوم ولو مفصل واحد دخل ارش اليد فيه حتى لو لم يكن في الكف الا ثلث
مفصل من اصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان الكف فعليه ثلث خمس دية
اليد ولو كان فيها اصبع واحدة فعليه خمس دية اليد ولو كان فيها اصبعان
فعليه خمسا دية اليد وفي قول ابي يوسف ومحمد في الرواية المشهورة عنهما
يدخل القليل في الكثير ايهما كان ينظر الى حكومة الكف والى ارش ما بقي من
الاصابع فيدخل اقلهما في اكثرهما ايهما كان لان القليل يتبع الكثير والكثير لا
يتبع القليل فيدخل القليل في الكثير ولا يدخل الكثير في القليل وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله ان ما بقي من الاصابع او من مفاصلها فهو اصل لان له ارشا مقدرا
والكف ليس لها ارش مقدر وهي متصلة بالاصابع فيتبعها في ارشها كما يتبع جميع
الاصابع او اكثرها ونظير هذا ما قالوا في القسامة انه ما بقي واحد من اهل
المحلة فالقسامة عليهم لا على المشترين وكذلك الوصية لولد فلان انه ما
بقي له ولد من صلبه وان كان واحدا لا يدخل ولد الولد في الوصية وقال ابو يوسف
اذا قطع كفا لا اصابع فيها فعليه حكومة لا يبلغ بها ارش اصبع لان الواحدة
يتبعها الكف في قول ابي حنيفة والتبع لا يساوي المتبوع في الارش ولو قطع
اليد مع الذراع من المفصل خطا ففي الكف مع الاصابع الدية وفي الذراع حكومة
العدل في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تجب دية اليد
والذراع تبع وهو قول ابن ابي ليلى واحتجا بقول النبي صلى الله عليه وسلم وفي
اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو المخصوص من
رووس الاصابع الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بما له ارش مقدر
يتبعه في الارش كالكف مع الاصابع وجه قولهما ان الدية انما تجب في الاصابع
والكف تابعة للاصابع بدليل انه اذا افرد الاصابع بالقطع يجب نصف الدية
ولو قطعها مع الكف لا يجب الا نصف الدية ايضا فلو جعل الذراع تبعا لكان

لا يخلوا اما ان يجعل تبعا للاصابع واما ان يجعل تبعا للكف لا سبيل الي الاول
لان بينهما عضوا فاصلا وهو الكف فلا يكون تبعا لها ولا وجه للثاني لان
الكف تابعة في نفسها فلا تستتبع غيرها وعلي هذا الخلاف اذا قطع اليد
من المنكب والرجل من الورك او قطع اليد من العضد او الرجل من الفخذ والاصل
عند ابي حنيفة ومحمد ان اصابع اليد لا يتبعها الا الكف فلا يدخل في ارشها
غير ارش الكف وكذلك اصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل في ارشها
غير ارش اليد والاصل عند ابي يوسف وابن ابي ليلي ان ما فوق الكف من اليد
تبع وكذا ما فوق القدم من الرجل تبع فيدخل ارش التبع في المتبوع كما يدخل ارش
الكف في الاصابع واما الجراح ففي الجايفة ثلث الدية لما روي عن رسول
الله صلي الله عليه وسلم انه قال في الجايفة ثلث الدية فان نفذت الي الجانب الاخر
فهما جايفتان وفيهما ثلثا الدية وقد روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه
انه حكم في جايفة نفذت الي الجانب الاخر بثلثي الدية وكان ذلك بمحضر
من الصحابة ولم ينقل انه خالفه احد في ذلك فيكون اجماعا وعلي هذا يخرج ما
اذا رمي امراة بحجر فاصاب فرجها فافضاها به بان جعل موضع البول
والغايط واحدا وهي تستمسك البول ان عليه ثلث الدية لان هذا في
معني الجايفة وجملة الكلام ان المفضاة لا تخلوا اما ان كانت اجنبية واما
ان كانت زوجته والافضا لا يخلوا اما ان يكون بالالة واما ان يكون بالحجر او
الخشب او الاصبع وما يجري مجراه فان كانت اجنبية والافضا بالالة فان
كانت مطاوعة ولم يوجد دعوي الشبهة لا من الرجل ولا من المراة فعليهما الحد
لوجود الزنا منهما ولا مهر علي الرجل لان العقر مع الحد لا يجتمعان ولا ارش
لها بالافضا سوا كانت تستمسك البول او لا تستمسك لان التلف تولد من
فعل ماذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو اذنت بقطع يدها فقطعت
لا ضمان علي القاطع كذا هذا وان كان الرجل يدعي الشبهة سقط عنه الحد وعنها
ايضا وعلي الزوج العقر لان الوطي لا يخلوا من ايجاب حد او غرامة ولا ارش
لها بالافضا لما ذكرنا وان كانت مستكرهة فان لم يدع الرجل الشبهة فعليه
الحد لوجود الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها ولا عقر علي الرجل لوجوب
الحد عليه والحد مع العقر لا يجتمعان وعلي الرجل الارش بالافضا لعدم الرضا
منها بذلك ثم ان كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لانه جايفة وان
كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود اتلاف العضو بتفويت

دعوي

منفعة

منفعة الجنس وان كان الرجل يدعي الشبهة سقط الحد عنه للشبهة وعنها
ايضا لوجود الاكراه ولها الارش بالافضا لما ذكرنا ثم ان كانت تستمسك البول
فلها ثلث الدية لانها جايفة وكمال المهر وان كانت لا تستمسك فلها الدية
ولا مهر لها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لها المهر والدية وجه
قوله ان سبب وجوب المهر والدية مختلف لان المهر يجب باتلاف المنفعة
والدية تجب باتلاف العضو فلا يدخل احدهما في الاخر ولهذا لم يدخل المهر
في ثلث الدية فيما اذا كانت تستمسك البول حتي وجب عليه كمال المهر مع
ثلث الدية كذا هذا ولهما ان سبب الوجوب متحد لان الدية تجب باتلاف
هذا العضو والعقر يجب باتلاف منافع البضع ومنافع البضع ملحقة باجزا البضع
فكان سبب وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع وضمان
الجزء والكل اذا وجدا بسبب واحد يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل كالاب
اذا استولد جارية ابنه انه لا يلزمه العقر ويدخل في قيمة الجارية لما قلنا
كذا هذا واما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حال الاستمساك فعلي رواية
الحسن عن ابي حنيفة لا يجمع بينهما بل يدخل الاقل في الاكثر كما يدخل ارش الموضحة
في دية الشعر فكانت المسلة ممنوعة ولين سلمنا علي ظاهر الرواية فلا يلزم
لان المنافي لضمان الجزء وهو ضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء
وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء اخر هذا اذا كان الافضا بالالة فاما اذا كان
بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب في هذا الفصل في جميع وجوهه كالجواب
في الفصل الاول في الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع الا ان
الارش في هذا الفصل يجب في ماله وفي الفصل الاول تتحمله العاقلة لان الافضا
بالالة يكون في معني الخطا وبغيرها يكون عمدا وقال بعض مشايخنا الوجه
لايجاب المهر في هذا الفصل لان وجوبه متعلق بقضا الشهوة ولم يوجد
وقال بعضهم يجب ويلحق غير الالة بالالة تغليظا لامر الابضاع كما الحق الايلاج
بدون الانزال بالايلاج مع الانزال في وجوب الحد وغيره من الاحكام مع
قيام شبهة القصور في قضا الشهوة تفخيما لشان الفروج والله اعلم
هذا اذا كانت المراة اجنبية فاما اذا كانت زوجته فافضاها فلا شي عليه
سوا كانت تستمسك البول او لا تستمسك في قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف ان كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله وان كانت
تستمسك فعليه ثلث الدية في ماله وجه قوله انه ماذون في الوطي لا في الافضا

العضو م

فكان متعديا في الافضا فكان مضمونا عليه ولهما ان الوطي ماذون فيه شرعا
فالمتولد منه لا يكون مضمونا كالبكارة ولو وطي زوجته فماتت فلا شي عليه
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف علي عاقلته الدية وجه قوله
علي نحو ما ذكرنا في الافضا انه ماذون في الوطي لا في القتل وهذا قتل فكان
مضمونا عليه الا ان ضمان هذا علي العاقلة وضمان الافضا في ماله لان الافضا لا
يكون الا بالمجاوزة عن المعتاد فكان الواجب به في ماله فاما القتل فغير مقصود م فكان عمدا م
بهذا الفعل فكان في معنى الخطا فتتحمله العاقلة واما وجه قولهما فعلي نحو
ما ذكرنا في الافضا ولو وطيها فكسر فخذها ضمن في قولهم جميعا لان الكسر
لا يتولد من الوطي الماذون فيه بل هو فعل مبتدا فكان تعديا محضا فكان
مضمونا عليه والله اعلم واما ساير جراح البدن اذا برات وبقي لها
اثر ففيها حكومة العدل وان لم يبق لها اثر فلا شي فيها في قول ابي حنيفة
علي ما بينا في الشجة وان مات منها فالجراحة لا تخلو اما ان كانت من
واحد واما ان كانت من عدد فان كانت من واحد ففيها القصاص ان
كانت عمدا والدية ان كانت خطا وان كانت من عدد فالجراحة المجتمعة
من اعداد اما ان كانت كلها مضمونة واما ان كان بعضها مضمونا والبعض
غير مضمون فان كانت الكل مضمونة بان جرحه رجل جراحة وجرحه رجل
اخر جراحة اخرى خطا فمات من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين
وسوا جرحه احدهما جراحة واحدة والاخر جرحه جراحتين او اكثر لا
ينظر الي عدد الجراحات وانما ينظر الي الجارح لان الانسان قد يموت من
جراحة واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت من عشرة ويسلم من واحدة
حتي لو جرحه احدهما جراحة واحدة والاخر عشر جراحات فمات من
ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا وكذلك اذا جرحه رجل جراحة
وجرحه اخر جراحتين واخر ثلاثا فمات من ذلك كله كانت الدية بينهم
اثلاثا لما قلنا وعلي هذا يخرج ما اذا جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه
اخر عشر جراحات فعفا المجروح الجارح عن جراحة واحدة من العشرة
وما يحدث منها ثم مات من ذلك ان علي صاحب الجراحة الواحدة نصف
الدية وعلي صاحب العشرة الربع ويسقط الربع لانه لما سقط اعتبار
عدد الجراحة كانت الجراحة الواحدة كالعشرة في الضمان ثم لما عفا عن
واحدة من الجراحات العشرة انقسمت العشرة فتغير حكمها فصار للتسعة منها

الربع

الربع وللواحدة الربع فسقط بالعفو عن واحدة من العشرة الربع وبقي الربع لبقا
التسعة وان كان البعض مضمونا والبعض غير مضمون ينقسم الضمان فيسقط
بقدر ما ليس بمضمون ويبقي بقدر المضمون وعلى هذا يخرج ما اذا جرح
رجلا جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك ان علي الرجل نصف الدية ونصفها
هدر لانه مات بجراحتين احداهما مضمونة والاخرى ليست بمضمونة فانقسم
الضمان فسقط بقدر غير المضمون وبقي بقدر المضمون وكذلك لو جرحه
الرجل جراحتين والسبع جراحة واحدة او جرحه السبع جراحتين والرجل
جراحة واحدة فمات من ذلك انه يجب علي الرجل نصف الدية ويهدر
النصف لانه لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا وكذلك لو جرحه رجل جراحة
وعقره سبع ونهشته حية وخرج به خراج واصابه حجر رمت به
الريح فمات من ذلك فعلي الرجل نصف الدية ويهدر النصف والاصل
انه يجعل الجراحات التي ليس لها حكم يلزم احدا كجراحة واحدة ويصير
كانه مات من جراحتين احداهما مضمونة والاخرى غير مضمونة فيلزم
الرجل نصف الدية ويبطل نصفها سوا كثر عدد الهدر او قل هو كجراحة
واحدة لان الهدر له حكم واحد فصار كجراحات الرجل لو واحدا انها في
الحكم كجراحة واحدة كذا هذا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وجرحه رجل
اخر جراحة اخرى ثم انضم الي ذلك شي مما ذكرنا انه لا حكم له يلزم فا عليه
فان علي كل رجل ثلث الدية وهدر الثلث لما ذكرنا ان الهدر من الجراحات
وان كثر فهو كجراحة واحدة وكل واحدة من جراحتي الرجلين مضمونة
فقد مات من ثلاث جراحات جراحتان منها مضمونتان وجراحة هدر
فتقسم الدية اثلاثا فيسقط قدر ما ليس بمضمون وهو الثلث ويبقي قدر
المضمون وهو الثلثان فان كان لبعض الجناة جنايات مختلفة الاحكام فانه
يقسم ما يخصه علي جناياته بعد ما قسم عدد الجناية علي احكام الجنايات
وذلك نحو رجل امر رجلا ان يقطع يده لعلة بها ثم ان المامور جرح الامر جراحة
اخرى بغير امره ثم جرحه رجلان اخران كل واحد منهما جراحة ثم عقره
سبع ونهشته حية وخرج به خراج فمات من ذلك كله تقسم الدية ارباعا
لان الموت حصل من اربع جنايات لان الهدر من الجنايات لها حكم جناية واحدة
وجراحتا المامور وان اختلف حكمهما فانهما حصلا من رجل واحد فلا يثبت
لهما في حق شركائه الا حكم جناية واحدة فثبت ان الموت حصل من اربع جنايات

وكانت قسمة الدية ارباعا هدر الربع منها وبقيت ثلاثة ارباع تقسم على الجنايات
الثلاثة فيكون على كل واحد منهم الربع ثم ما اصاب المامور بالقطع تقسم
حصته وهو الربع على جراحتيه واحداهما مضمونة وهي التي فعلها بغير
امر المجروح والاخرى غير مضمونة وهي التي فعلها بامره وهي القطع فيسقط
بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الربع وهو الثمن ويبقى قدر ما هو مضمون
وهو نصف الربع الاخر وهو الثمن الاخر والله الموفق ولو ان رجلا امر
عشرة ان يضربوا عبده امر كل واحد منهم ان يضربه سوطا فضربه كل
واحد منهم ما امره ثم ضربه رجل اخر لم يامره سوطا فمات من ذلك كله
فعلى الذي لم يومر ارش السوط الذي ضربه وقيمته مضروبا بعشرة
اسواط وعليه ايضا جزء من احد عشر جزءا من قيمته مضروبا باحد عشر
سوطا وانما كان كذلك اما وجوب ارش السوط الذي ضربه فلانه نقصه
بالضرب فيلزمه ضمان النقصان وانما اعتبرنا قيمة العبد مضروبا بعشرة
اسواط فلانه ضربه بعد ما انتقص من ضرب العشرة وذلك حصل من فعل
غيره فلا يكون عليه وانما عليه ضمان ما نقصه سوطه الحادي عشر من قيمته
لذلك اعتبرت قيمته وهو مضروب عشرة اسواط م فيلزم الذي لم يومر — م فيقوم وهو غير مضروب ويقوم وهو مضروب عشرة اسواط فيلزم الذي لم يومر م
بالضرب ذلك القدر واما وجوب جزء من احد عشر جزءا من قيمته فلانه
مات من احد عشر سوطا كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله حكم في الجملة وهو
الادمي فانقسم الضمان على عددهم ثم ما اصاب العشرة سقط عنهم بحصوله
باذن المالك وما اصاب الحادي عشر ضمنه الذي لم يومر بالضرب
لانه ضرب بغير اذن المالك واما اعتبار تضمينه مضروبا باحد عشر
سوطا فلان النقص الحاصل بضرب العشرة حصل بفعل غيره فلا يكون عليه
ضمانه واما السوط الحادي عشر فلانه قد ضمن نقصانه مرة فلا نضمنه
ثانيا وانما لم يدخل نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما
ضمان الجزء وضمان الجزء ~~ضمان الكل~~ اذا تعلقا بسبب واحد لا يدخل احدهما
في الاخر بخلاف ما اذا ضربه واحد ومات من ذلك انه يضمن القيمة دون
النقصان لانه اجتمع هناك ضمان جزء وضمان كل فيدخل ضمان الجزء في ضمان الكل
لاتحاد سبب الضمانين هذا اذا امر المولى عشرة ان يضربه كل واحد منهم
سوطا فان كان المولى هو الذي ضربه عشرة اسواط بيده ثم ضربه اجنبي
سوطا ثم مات من ذلك كله فعلى الاجنبي ما نقصه السوط الحادي عشر من

79

قيمته مضروبا بعشرة اسواط وعليه ايضا نصف قيمته مضروبا باحد عشر
سوطا اما وجوب ضمان السوط واعتبار قيمته مضروبا بعشرة فلما ذكرنا — نقصان ح
واما وجوب نصف قيمته فلانه مات من سوطين في الحاصل لان ضرب
الاسواط العشرة من المولى بمنزلة جناية واحدة لانها حصلت من رجل واحد
والجنايات من واحد وان كثرت فهي في حكم جناية واحدة فصار كانه مات
من سوطين سوط المولى وسوط الاجنبي وسوط المولى ليس بمضمون وسوط
الاجنبي مضمون فيسقط نصف القيمة ويثبت نصفها واما اعتبار قيمته مضروبا
احد عشر سوطا وعدم دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة فلما ذكرنا في
المسالة المتقدمة رجل امر غيره ان يجرحه جراحة واحدة فجرحه عشر — بلغ
جراحات وجرحه اخر جراحة اخرى واحدة بغير امره ثم عفا المجروح
لصاحب العشرة عن واحدة من التسع التي كانت بغير امره ثم مات المجروح من
ذلك كله فعلى صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة ثمن
الدية لان نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة والنصف الاخر تعلق
بصاحب العشرة واحدة منها بامر المجروح فصار عليه الربع ثم انقسم ذلك
بالعفو فسقط نصفه وهو الثمن وبقي عليه الثمن والله اعلم هذا اذا كان المجني
عليه حرا ذكرا فاما اذا كان انثى حرة فانه يعتبر ما دون النفس منها بديتها
كديتها قل او كثر عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن مسعود
رضي الله عنه انه قال تعاقل المراة الرجل فيما كان ارشه نصف عشر الدية
كالسن والموضحة اي ما كان ارشه هذا القدر فالرجل والمراة فيه سواء لا
فضل للرجل على المراة وعن سعيد بن المسيب رحمه الله انه قال تعاقل المراة الرجل
الى ثلث ديتها وهذا نص لا يحتمل التاويل واحتج ابن مسعود رضي الله عنه
بحديث الغرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بالغرة وهو نصف
عشر الدية ولم يفصل بين الذكر والانثى فيدل على استواء ارش الذكر والانثى
في هذا القدر ولنا انه تتنصف بدل النفس بالاجماع بالدية فكذا ما دون النفس
لان المنصف في الحالين واحد وهو الانوثة ولهذا تتنصف ما زاد على الثلث
فكذا الثلث وما دونه ولان القول بما قاله اهل المدينة يؤدي الى القول بقلة
الارش عند كثرة الجناية وانه غير معقول والى هذا المعنى اشار ربيعة
بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الراي فانه روي انه سال سعيد بن
المسيب عن رجل قطع اصبع امراة فقال فيها عشر من الابل قال فان قطع ثلاثة

اي ارش الرجل والمراة الى الثلث ديتها سواء وهو مذهب اهل المدينة ويروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الى الثلث ديتها ح

قال فيها ثلاثون من الابل قال فان قطع اربعة فقال عشرون من الابل فقال ربيعة
لما كثرت جروحها وعظمت مصيبتها قل ارشها فقال له اعراقي انت قال لا بل
جاهل متعلم او عالم متثبت فقال هكذا السنة يا ابن اخي وعني به سنة زيد
بن ثابت رضي الله عنه اشار ربيعة الى ما ذكرنا من المعنى وقبله سعيد حيث
لم يعترض عليه واحال الحكم الى السنة وبهذا تبين ان روايتهم عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم لم تصح اذ لو صحت لما اشتبه الحديث على مثل سعيد ولا احال
الحكم الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا الى سنة زيد فدل ان الرواية لا تكاد
تثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واما حديث الغرة في الجنين فنقول
بموجبه ان الحكم في ارش الجنين لا يختلف بالذكورة والانوثة وانما الكلام في ارش
المولود والحديث ساكت عن بيانه ثم نقول احتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم لم
يفصل في الجنين بين الذكر والانثى لان الحكم لا يختلف ويحتمل انه لم يفصل
لتعذر الفصل لعدم استواء الخلقة فلا يكون حجة مع الاحتمال هذا الذي ذكرنا
اذا كان الجاني حرا او المجني عليه عبدا فالاصل فيه عند ابي حنيفة ما ذكرنا في
الفصل المتقدم ان كل شي من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك
القدر من قيمته سوا كان فيما تقصد به المنفعة او الجمال والزينة في رواية عنه
وفي رواية فيما يقصد به الجمال والزينة يجب النقصان وعندهما في
جميع ذلك يجب النقصان فيقوم العبد مجنيا عليه ويقوم غير مجني عليه
فيغرم الجاني فضل ما بين القيمتين وقد بينا وجه الروايتين عنه ووجه
قولهما في الفصل الاول **فصل** واما شرايط الوجوب وهو ان تكون
الجناية خطا اذا كانت الجناية فيما في عمده القصاص فان كانت لا قصاص في
عمده يستوي فيه الخطا والعمد وقد مر بيان الجنايات التي في عمدها القصاص
وما لا قصاص في عمدها **فصل** واما بيان الجناية التي تتحملها العاقلة
والتي لا تتحملها فيما دون النفس فنقول لا خلاف انه اذا بلغ ارش الجناية فيما دون
النفس من الاحرار نصف عشر الدية فصاعدا وذلك خمس مائة في الذكور ومايتان
وخمسون في الاناث تتحمله العاقلة واختلف فيما دون ذلك في الرجل والمراة قال
اصحابنا يكون في مال الجاني ولا تتحمله العاقلة وقال الشافعي العاقلة تتحمل
القليل والكثير وجه قوله ان التحمل من العاقلة لتفريط منهم في الحفظ والنصرة
وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير ولنا ان القياس يابى التحمل
لان الجناية حصلت من غيرهم وانما عرفنا ذلك بقضا رسول الله صلى الله عليه وسلم

م والمجني عليه حرا فاما اذا كان الجاني حرا م

متثبت

بارش

بارش الجنين على العاقلة وهو الغرة وهي نصف عشر الدية فبقي الامر فيما دون ذلك
على اصل القياس ولان ما دون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه فاشبه ضمان الاموال
فلا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل ضمان المال ولا يلزم على هذا ارش الانملة فان لها ارشا
مقدرا وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان تتحمله العاقلة لان الانملة ليس لها ارش
مقدر بنفسها بل بالاصبع فكانت جزءا مما له ارش مقدر وهو الاصبع فلا تتحمله العاقلة
ثم ما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية يوخذ من العاقلة في سنة واحدة
لا بكمال الدية فان كل الدية توخذ من العاقلة في ثلاث سنين لاجماع
الصحابة على ذلك فان عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين
ولم ينكر عليه احد من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا فكل ما كان من الارش قدر ثلث
الدية يوخذ في سنة واحدة لان في الدية الكاملة هكذا فان ازداد الارش على ثلث
الدية فقدر الثلث يوخذ في سنة والزيادة في سنة اخرى لان الزيادة على الثلث
في كل الدية توخذ في السنة الثانية فكذلك اذا انفردت فان زاد على الثلثين
فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة الثالثة قياسا على كل الدية والله
اعلم واما دون النفس من العبيد فلا تتحمله العاقلة بالاجماع لان ما دون النفس
من العبيد له حكم الاموال لما ذكرنا فيما تقدم ولهذا لا يجب فيه القصاص وضمان
المال لا تتحمله العاقلة **فصل** واما الذي يجب فيه ارش غير مقدر وهو
المسمى بالحكومة فالكلام فيه في مواضع في بيان الجنايات التي تجب فيها الحكومة
وفي تفسير الحكومة اما الاول فالاصل فيه ان ما لا قصاص فيه من الجنايات على ما
دون النفس وليس له ارش مقدر ففيه الحكومة لان الاصل في الجناية الواردة
على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجابر والزاجر ما امكن اذا عرف هذا
فنقول في كسر العظام كلها حكم عدل الا السن خاصة لان استيفا القصاص
بصفة المماثلة فيما سوى السن متعذر ولم يرد الشرع فيه بارش مقدر
فتجب الحكومة وامكن استيفا القصاص في السن والشرع ورد فيها بارش
مقدر ايضا فلم تجب فيها الحكومة وفي لسان الاخرس والعين القايمة الذاهب
نورها والسن السودا القايمة واليد الشلا والرجل الشلا وذكر الخصي
والعنين حكم عدل لانه لا قصاص في هذه الاشيا وليس فيها ارش مقدر ايضا
لان المقصود منها المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة ايضا لان العين القايمة الذاهب
نورها لا جمال فيها عند من يعرفها على ان المقصود من هذه الاشيا المنفعة ومعنى
الزينة فيها تابع فلا يتقدر الارش لاجله وفي الاصبع والسن الزايدة حكم عدل

لانه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر ايضا لانعدام المنفعة والزينة لكنها جزء
من النفس واجزا النفس مضمونة مع عدم المنفعة والزينة لما ذكرنا واما
الصغير الذي لم يمش ولم يقعد ورجله ولسانه واذنه وانفه وعينه وذكره
ففي انفه واذنيه كمال الدية وكذلك في يديه ورجليه الا اذا كان لا يحركهما
وكذا في ذكره اذا كان يتحرك وفي لسانه حكومة العدل لا الدية وان استهل ما لم
يتكلم لان الاستهلال صياح واما العينان فان كان يستدل بشي على بصرهما
ففيهما مثل عين الكبير وانما كان كذلك اما الانف والاذن فلان المقصود منهما
الجمال لا المنفعة وذلك يوجد في الصغير بكماله كما يوجد في الكبير واما
الاعضا التي يقصد بها المنفعة فلا يجب فيها ارش كامل م واذا لم يعلم يقع
الشك في وجود سبب وجوب كمال الارش فلا يجب بالشك ولا يقال ان
الاصل هو الصحة والافة عارض فكانت الصحة ثابتة ظاهرا لانا لا نسلم هذا
الاصل في الصغير بل الاصل فيه عدم الصحة والسلامة لانه كان نطفة وعلقة
ومضغة فما لم يعلم صحة العضو فهو على الاصل على ان هذا الاصل متعارض
لان براة ذمة الجاني اصل ايضا فتعارض الاصلان فسقط الاحتجاج بالاصل
على الصحة على ان الصحة ان كانت ثابتة ظاهرا بحكم الاصل لان الظاهر حجة
الدفع لا حجة الاستحقاق كحياة المفقود انها تصلح لدفع الارث لا لاستحقاقه
وفي الظفر اذا انبت لا شي فيه في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه عادت المنفعة
والزينة وان مات ففيها حكومة عدل لانه لا قصاص فيه ولا له ارش
مقدر وكذا اذا نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون ذلك لان النابت
عوض عن الذاهب فكان الاول قايم ودخله عيب وكذلك قال ابو يوسف
انه اذا نبت اسود ان فيه حكومة لما اصابه من الالم بالجراحة الاولى بنا على
اصله ان الالم مضمون وفي ثدي الرجل حكومة عدل لانه لا قصاص فيه ولا
ارش مقدر لانه لا منفعة فيه ولا جمال فتجب الحكومة فيهما وفي احدهما
نصف ذلك الحكم وفي حلمة ثدييه حكم عدل دون ما في ثدييه لما قلنا
وثدي المراة تبع للحلمة حتى لو قطع الحلمة ثم الثدي فان كان قبل البرء لا يجب
الا نصف دية وان كان بعد البرء يجب نصف الدية في الحلمة والحكومة في
الثدي لان منفعة الثدي الرضاع وذلك يبطل بقطع الحلمة وكذلك الانف
مع المارن حتى لو قطع المارن دون الانف تجب الدية ولو قطع مع المارن
لا تجب الا دية واحدة ولو قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية

م حتى يعلم صحتها بما ذكرنا فاذا علم ذلك فقد وجد تفويت منفعة الجنس في كل واحد من ذلك فيجب فيه ارش كامل م

واحدة

81

واحدة وان كان بعد البرء ففي المارن الدية وفي الانف الحكومة وكذلك الجفن
مع الاشفار حتى لو قطع الشفر بدون الجفن تجب الارش المقدر ولو قطع الجفن
معه لا يجب الا ذلك الارش كالكف مع الاصابع ولو قطع الشفر ثم الجفن فان
كان قبل البرء فكذلك وان كان بعد البرء يجب في الشفر ارشه وفي الجفن
الحكومة لانه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن وهو ناقص
المنفعة فلا يجب الا الارش الناقص وهو الحكومة ولو قطع انفا مقطوع الارنبة
ففيه حكومة العدل لان المقصود من الانف الجمال وقد نقص جماله بقطع
الارنبة فينتقص ارشه وكذلك اذا قطع كفا مقطوعة الاصابع لان المقصود
من الكف البطش وانه لا يحصل بدون الاصابع وكذلك اذا قطع كفا مقطوعة
ذكرا مقطوع الحشفة لان منفعة الذكر تزول بزوالها فلا يمكن ايجاب
ارش مقدر ولا قصاص فيه فتجب الحكومة ولو قطع الذكر والانثيين فان
قطعهما معا بان قطعهما من جانب عرضا تجب ديتان لانه فوت منفعة الجماع ع
بقطع الذكر ومنفعة الانزال بقطع الانثيين فقد وجد تفويت منفعة
الجنس في قطع كل واحد منهما فيجب في كل واحد منهما دية كاملة وان قطع
احدهما بعد الاخر بان قطعهما طولا فان قطع الذكر اولا تجب ديتان ايضا
دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة الجماع ودية بقطع الانثيين لان
بقطع الذكر لا تنقطع منفعة الانثيين وهو الانزال لان الانزال يتحقق مع عدم
الذكر وان بدا بقطع الانثيين ثم الذكر ففي الانثيين الدية وفي الذكر حكومة
العدل لان منفعة الانثيين كانت كاملة وقت قطعهما ومنفعة الذكر تفوت
بقطع الانثيين اذ لا يتحقق الانزال بعد قطع الانثيين فنقص ارشه
ولو حلق راس رجل فنبت ابيض فلا شي فيه في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف فيه حكومة عدل وان كان عبدا ففيه ما نقص وجه قول ابي
يوسف ان المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة في الاحرار ولا زينة في
الشعر الابيض فلا يقوم النابت مقام الفايت وجه قول ابي حنيفة ان
الشيب في الاحرار ليس بعيب بل هو جمال وكمال فلا يجب به ارش بخلاف
العبيد فان الشيب فيهم عيب الا يرى انه ينقص الثمن فكان مضمونا على
الجاني وفيما دون الموضحة من الشجاج حكومة عدل لما روي عن عمر بن عبد
العزيز انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكم عدل وكذلك روي
عن ابراهيم النخعي ولانه لا قصاص فيه والشرع ما ورد فيه بارش مقدر

فيجب فيه الحكومة والخلاف الذي ذكرنا في المتلاحمة بين ابي يوسف ومحمد لا
يرجع الي المعني بل الي الاسم لان ابا يوسف لا يمنع ان تكون الشجة التي قبل الباضعة
اقل منها ارشا وكذلك محمد لا يمنع ان يكون ارش الشجة التي ذهبت في اللحم
اكثر مما ذهبت الباضعة زايدا علي ارش الباضعة وكان الاختلاف بينهما في
العبارة وفيما سوي الجايفة من الجراحات التي في البدن اذا اندملت ولم يبق
لها اثر لا شي فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف فيه ارش الالم وعند
محمد اجرة الطبيب [illegible] وقد مرت المسلة وان بقي لها اثر ففيها حكومة عدل
وكذا في شعر ساير البدن اذا لم ينبت حكومة عدل وان نبت لا شي فيه والله
اعلم واما تفسير الحكومة فان كان الجاني والمجني عليه عبدا يقوم العبد مجنيا تفسير حكومة العدل
عليه وغير مجني عليه فيجب نقصان ما بين القيمتين بلا خلاف وان كان
الجاني والمجني عليه حرا فقد ذكر الطحاوي انه يقوم المجني عليه لو كان عبدا
لا جناية به ويقوم وبه الجناية فينظر كم بين القيمتين فعليه القدر من
الدية وقال الكرخي تقرب هذه الجناية الي ادني الجنايات التي لها ارش مقدر
فينظر ذوا عدل من اطبا الجراحات كم مقدار هذه منها في قلة الجراحة وكثرتها
بالحزر والظن فياخذ القاضي بقولهما ويحكم من الارش بمقداره من ارش الجراحة
المقدرة وجه ما ذكره الطحاوي ان القيمة في العبد كالدية في الحر فيقدر العبد
حرا فيما اوجب نقصانا في العبد يعتبر به الحر وكان الكرخي ينكر هذا القول ويقول
هذا يودي الي امر فظيع وهو انه لا يجب في قليل الشجاج اكثر مما يجب في كثيرها
لجواز ان يكون نقصان شجة السمحاق في العبد اكثر من نصف قيمته فلو اوجبنا
مثل ذلك من دية الحر لا وجبنا في السمحاق اكثر مما نوجب في الموضحة وهذا
لا يصح والله اعلم فصل واما الجناية علي ما هو نفس من وجه دون وجه
وهو الجنين فان ضرب علي بطن حامل فالقت جنينا فيتعلق بها احكام
وجملة الكلام فيه ان الجنين لا يخلوا اما ان يكون حرا بان كانت امه حرة
او امة علقت من مولاها او من مغرور واما ان يكون رقيقا ولا يخلوا اما
ان القته ميتا واما ان القته حيا فان كان حرا والقته ميتا ففيه الغرة والكلام
في الغرة في مواضع في بيان وجوبها وفي تفسيرها وتقديرها وفي بيان من تجب
عليه وفي بيان من تجب له اما الاول فالغرة واجبة استحسانا والقياس ان لا
شي علي الضارب لانه يحتمل ان يكون حيا وقت الضرب ويحتمل انه لم يكن بان
لم يخلق فيه الحياة بعد فلا يجب الضمان بالشك ولهذا لا يجب في جنين البهيمة

شي

82

شي الانفصال البهيمة كذا هذا الا انهم تركوا القياس بالسنة وهي ما روي عن
المغيرة بن شعبة انه قال كنت بين جارتين فضربت احداهما الاخري
بمسطح فالقت جنينا ميتا وماتت فقضي رسول الله صلي الله عليه وسلم علي عاقلة
الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروي ان عمر رضي الله عنه اختصم اليه في
املاص المراة الجنين فقال عمر رضي الله عنه انشدكم الله هل سمعتم من رسول
الله صلي الله عليه وسلم في ذلك شيا فقام المغيرة فقال كنت جارتين وذكر الخبر م بين م
وقال فيه فقام عم الجنين فقال انه اشعر وقام والد الضاربة وقال كيف
ندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثل ذلك بطل فقال
النبي صلي الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان وروي كسجع الاعراب فيه غرة
عبد او امة فقال عمر رضي الله عنه من يشهد معك بهذا فقام محمد بن سلمة
فشهد فقال عمر كدنا ان نقضي فيها براينا وفيها سنة عن رسول الله صلي
الله عليه وسلم وروي هذه القصة ايضا حمل بن مالك بن النابغة ولان الجنين
ان كان حيا فقد فوت الضارب حياته وتفويت الحياة قتل وان لم يكن فقد منع م حيا م
من حدوث الحياة فيه فيضمن كالمغرور لما منع من حدوث الرق في الولد وجب
الضمان عليه وسوا استبان خلقه او بعض خلقه لان النبي صلي الله عليه وسلم قضي
بالغرة ولم يستفسر فدل ان الحكم لا يختلف وان لم يستبن شي من خلقه فلا شي
فيه لانه ليس بجنين انما هو مضغة وسوا كان ذكرا او انثي لما قلنا ولان عند
عدم استوا الخلقة يتعذر الفصل بين الذكر والانثي فسقط اعتبار الذكورة
والانوثة واما تفسير الغرة فالغرة في اللغة عبد او امة كذا قال ابو عبيد
من اهل اللغة وكذا فسرها رسول الله صلي الله عليه وسلم في الحديث الذي روينا
فقال فيه غرة عبد او امة فسر الغرة بالعبد والامة وروي ان رسول
الله صلي الله عليه وسلم قضي في الجنين بغرة عبد او امة او خمسماية وهذه
الرواية خرجت تفسيرا للرواية الاولي فصارت الغرة في عرف الشرع
اسما لعبد او امة تعدل خمسماية او بخمسماية ثم تقدير الغرة بالخمسماية
مذهب اصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هي مقدرة بستماية وهذا فرع
اصل ذكرناه فيما تقدم لانهم اتفقوا علي ان الواجب نصف عشر الدية لكنهم
اختلفوا في الدية فالدية من الدراهم عندنا مقدرة بعشرة الاف وكان
نصف عشرها خمسماية وعنده مقدرة باثني عشر الفا فكان نصف
عشرها ستماية ثم ابتدا الدليل علي صحة مذهبنا ان في بعض الروايات

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة عبد او امة او خمس ماية
وهذا نص في الباب واما بيان من تجب عليه الغرة فالغرة تجب على العاقلة
لما روينا من الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى على عاقلة الضاربة
بالدية وبغرة الجنين وروي ان عاقلة الضاربة قالوا اندي من لا صاح ولا
استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثله بطل وهذا يدل على ان القضا بالدية
كان عليهم حين اضافوا الدية الى انفسهم على وجه الانكار ولانها بدل
نفس فكان على العاقلة كالدية واما من تجب له فهي ميراث بين ورثة
الجنين على فرايض الله تعالى عند عامة العلما وقال مالك انها لا تورث
وهي للام خاصة وجه قوله ان الجنين في حكم جزء من اجزا الام فكانت
الجناية على الام فكان الارش لها كساير اجزايها ولنا ان الغرة بدل نفس
الجنين وبدل النفس يكون ميراثا كالدية والدليل على انها بدل نفس
الجنين لا بدل جزء من اجزا الام ان الواجب في جنين ام الولد ما هو الواجب
في جنين الحرة ولا خلاف في ان جنين ام الولد حر ولو كان هو في حكم عضو
من اعضا الام لكان تجزي من الامة حرا وبقية اجزايها امة وهذا لا يجوز
والدليل عليه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بدية الام على العاقلة وبغرة
الجنين ولو كان في معنى اجزا الام لما افرد الجنين بحكم بل دخلت الغرة في دية
الام كما اذا قطعت يد الام فماتت انه تدخل دية اليد في النفس ولذا لما انكرت
عاقلة الضاربة حمل الدية اياهم فقالت اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب
ولا اكل ومثل دمه بطل لم يقل لهم النبي صلى الله عليه وسلم انا اوجبت ذلك
بجناية الضاربة على المراة لا بجنايتها على الجنين ولو كان وجوب الارش فيه
لكونه جزا من اجزا الام لدفع انكارهم بما قلنا فدل ان الغرة وجبت بالجناية
على الجنين لا بالجناية على الام فكانت معتبرة بنفسه لا بالام ولا يرث الضارب
من الغرة شيا لانه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من اسباب حرمان الميراث
ولا كفارة على الضارب لان النبي صلى الله عليه وسلم لما قضى بالغرة على الضاربة لم
يذكر الكفارة مع ان الحال حال الحاجة الى البيان فلو كانت واجبة لبينها ولان
وجوبها متعلق بالقتل واوصاف اخر لم يعرف وجودها في الجنين من الايمان والكفر
حقيقة او حكما قال الله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة وقال
وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق اي كان المقتول ولم يعرف قتله لانه لم
يعرف حياته وكذا ايمانه وكفره حقيقة وحكما اما الحقيقة فلا شك في

انتفائهما

الغرة بدل نفس الجنين

83

انتفائهما لان الايمان والكفر لا يتحققان من الجنين وكذلك حكما لان ذلك بواسطة
الحياة ولم تعرف حياته ولان الكفاره من باب المقادير والمقادير لا تعرف
بالراي والاجتهاد بل بالتوقيف وهو الكتاب والسنة والاجماع ولم يوجد
في الجنين الذي القي ميتا شي من ذلك فلا تجب فيه الكفارة ولان وجوبها
متعلق بالنفس المطلقة والجنين نفس من وجه دون وجه بدليل انه
لا يجب فيه كمال الدية مع ان الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلا تسبيبا
لا مباشرة والقتل تسبيبا لا يوجب الكفارة كحفر البير ونحو ذلك وذكر
محمد رحمه الله وقال ولا كفارة على الضارب وان سقط كامل الخلق ميتا الا ان
يشا ذلك فهو افضل وليس ذلك عليه عندنا واجب وليتقرب الى الله
تعالى بما شا ان استطاع ويستغفر الله تعالى بما صنع وهذا قول ابي يوسف
وقولنا كذا ذكر محمد لانه ارتكب محظورا فيندب الى ان يتقرب بالكفارة
لمحوه هذا اذا القته ميتا فاما اذا القته حيا فمات ففيه الدية كاملة
لا يرث الضارب منها شيا وعليه الكفارة اما حرمان الميراث فلما قلنا
واما وجوب الدية والكفارة فلانه لما خرج حيا فمات علم انه كان حيا
وقت الضرب فحصل الضرب قتل النفس وانه في معنى الخطا فتجب به
الدية والكفارة هذا اذا القت جنينا واحدا فاما اذا القت جنينين فان
كانا ميتين ففي كل واحد منهما غرة وان كانا حيين ثم ماتا ففي كل واحد
منهما دية لوجود سبب وجوب كل واحد منهما وهو الاتلاف الا انه اتلفهما
بضربة واحدة ومن اتلف شخصين بضربة واحدة يجب عليه ضمان كل
واحد منهما بالضرب كما في الكبير م فان القت احدهما ميتا والاخر حيا ثم مات
فعليه في الميت الغرة وفي الحي الدية لوجود سبب وجوب الغرة في الجنين
الميت والدية في الجنين الحي فيستوي فيه الجمع في الاتلاف والافراد
فيه فان ماتت الام من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات
فعليه ديتان دية في الام ودية في الجنين لوجود سبب وجوبهما وهو قتل
شخصين فان خرج بعد موتها ميتا فعليه دية الام ولا شي عليه في الجنين
وقال الشافعي يجب عليه في الجنين الغرة وجه قوله انه اتلفهما جميعا
فيواخذ بضمان كل واحد منهما كما لو خرج الجنين ميتا ثم ماتت الام ولنا
ان القياس يابى كون الجنين مضمونا اصلا لما بينا من احتمال عدم الحياة وازداد
ها هنا احتمال اخر وهو انه يحتمل انه مات بالضرب ويحتمل انه مات بموت

م كما لو افرد كل واحد منهما م

الام وانما عرفنا الضمان فيه بالنص والنص ورد بالضمان في حالة مخصوصة
وهي ما اذا خرج ميتا قبل موت الام فسقط اعتبار احد الاحتمالين فيتعين الثاني
في نفي وجوب الضمان في غير هذه الحالة هذا اذا كان الجنين حرا فاما اذا
كان رقيقا فان خرج ميتا ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته
ان كان انثى وروي عن ابي يوسف ان في جنين الامة ما نقص الام وقال
الشافعي فيه عشر قيمة الام اما الكلام مع ابي يوسف فبنا على اصل ذكرناه
فيما تقدم وهو ان ضمان الجناية الواردة على العبد ضمان النفس ام ضمان المال
فعلى اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ضمان النفس حتى قالا انه لا تزاد قيمته
على دية الحر بل ينقص منها ولذا تتحمله العاقلة وعلى اصل ابي يوسف ضمانها
ضمان المال حتى قال تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة فصار
جنينها كجنين البهيمة وهناك لا يجب الا نقصان الام كذا ها هنا فاما الكلام
مع الشافعي فبنا على ان الجنين معتبر بنفسه ام بامه وقد ذكرنا الدلايل على
انه معتبر بنفسه لا بامه فيما تقدم والدليل عليه ايضا ان ضمان جنين الحرة
موروث عنه على فرايض الله تعالى ولو كان معتبرا بامه لسلم لها كما يسلم
لها ارش عضوها واذا ثبت ان الجنين معتبر بنفسه وان الواجب فيه ضمانه
فهذا الاعتبار يوجب ان يكون في جنين الامة اذا كان رقيقا نصف عشر
قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى لان الواجب في جنين الحر
خمسماية ذكرا كان او انثى وهي نصف عشر دية الذكر وعشر دية الانثى
والقيمة في الرقيق كالدية في الحر فيلزم ان يكون في الجنين الرقيق نصف عشر
قيمته ان كان ذكرا اعتبارا بالحر وعشر قيمته ان كان انثى اعتبارا بالحرة
وان خرج حيا ثم مات ففيه قيمته لما قلنا في الجنين الحر فان القت جنينين
ميتين او حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما حالة الاجتماع ما فيه حالة الانفراد
لما ذكرنا في الجنين الحر فان القت احدهما ميتا والاخر حيا ثم مات ففي كل
واحد منهما ما هو ضمانه حالة الانفراد لما مر فان ماتت الام من الضرب
وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه قيمتان قيمة في الام وقيمة في الجنين
وان خرج الجنين ميتا بعد موت الام فعليه في الام القيمة ولا شي عليه في الجنين
لما ذكرنا والاصل ان في كل موضع يجب في الجنين الحر الغرة ففي الرقيق نصف
عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وكل موضع يجب في المضروبة
اذا كانت حرة الدية ففي الامة القيمة وفي كل موضع لا يجب في الجنين هناك شي

لا يجب ها هنا شي ايضا لما ذكرنا في جانب الحر من غير تفاوت الا ان الواجب في
جنين الامة يكون في مال الضارب يوخذ منه حالا ولا تتحمله العاقلة والواجب
في جنين الحرة يكون على العاقلة لان تحمل العاقلة ثبت بخلاف القياس بالنص
والنص ورد بالتحمل في الغرة في جنين الحرة فبقي الحكم في جنين الامة على
اصل القياس والله اعلم بالصواب

كتاب البيوع

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في مواضع في بيان ركن البيع وفي بيان
شرايط الركن وفي بيان اقسام البيع وفي بيان ما يكره من البياعات وما
يتصل بها وفي بيان حكم البيع وفي بيان ما يرفع حكم البيع اما ركن البيع فهو
مبادلة شي مرغوب بشي مرغوب وذلك قد يكون بالقول وقد يكون
بالفعل اما القول فهو المسمى بالايجاب والقبول في عرف الفقها والكلام
في الايجاب والقبول في موضعين احدهما في صيغة الايجاب والقبول
اما الاول فنقول الايجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي وقد يكون
بصيغة الحال اما بصيغة الماضي فهو ان يقول البايع بعت ويقول
المشتري اشتريت فيتم الركن لان هذه الصيغة وان كانت للماضي
وضعا لكنها جعلت ايجابا للحال في عرف اهل اللغة والشرع والعرف
قاض على الوضع وكذا اذا قال البايع خذ هذا الشي بكذا او اعطيتكه بكذا
او هو لك بكذا او بذلتكه بكذا وقال المشتري قبلت او اخذت او رضيت
او هويت ونحو ذلك فانه يتم الركن لان كل واحد من هذه الالفاظ يودي
معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة واما صيغة الحال فهي
ان يقول البايع للمشتري ابيع منك هذا الشي بكذا ونوى الايجاب
فقال المشتري اشتريت او قال المشتري اشتري منك هذا الشي بكذا
ونوى الايجاب وقال البايع بعت او قال البايع ابيعه منك بكذا
وقال المشتري اشتريته ونويا الايجاب يتم الركن وينعقد وانما
اعتبرنا النية ها هنا وان كانت صيغة افعل للحال هو الصحيح لانه غلب
استعمالها للاستقبال اما حقيقة او مجازا فوقعت الحاجة الى التعيين
بالنية ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق بان يقول المشتري للبايع
اتبيع مني هذا الشي بكذا او ابعته مني بكذا فقال البايع بعت لا ينعقد ما لم
يقل المشتري اشتريت وكذا اذا قال البايع للمشتري اتشتري مني هذا الشي
بكذا اشتريته مني بكذا فقال المشتري اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البايع

بعت وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهي صيغة الامر بان يقول المشتري
للبايع بع عبدك هذا مني بكذا فيقول البايع بعت قال اصحابنا لا ينعقد ما
لم يقل المشتري اشتريت وكذا اذا قال البايع للمشتري اشتر مني هذا الشي
بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البايع بعته عندنا وقال الشافعي
ينعقد وجه قوله ان هذه الصيغة تصلح شطر العقد في الجملة الا ترى ان
من قال لاخر زوج ابنتي فقال المخاطب تزوجت او قال زوج ابنتك مني فقال
زوجت ينعقد النكاح فاذا صلحت هذه الصيغة شطرا في النكاح صلحت
شطرا في البيع لان الركن في كل واحد منهما هو الايجاب والقبول ولنا
ان قوله بع او اشتر طلب الايجاب والقبول وطلب الايجاب والقبول
لا يكون ايجابا وقبولا فلم يوجد الا احد الشطرين فلا يتم الركن ولهذا
لا ينعقد بلفظة الاستفهام لكون الاستفهام سوال الايجاب والقبول
لا ايجابا وقبولا كذا هذا وهذا هو القياس في النكاح الا انا استحسنا في النكاح لنص
خاص وهو ما روى ابو يوسف رحمه الله ان بلالا رضي الله عنه خطب الى
قوم من الانصار فابوا ان يزوجوه فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امرني
ان اخطب اليكم لم اخطب فقالوا له ملكت ولم ينقل ان بلالا رضي الله عنه قال
قبلت فتركنا القياس هناك بالنص ولا نص في البيع فوجب العمل بالقياس
ولان هذه الصيغة مساومة حقيقة فلا تكون ايجابا وقبولا حقيقة بل هي
طلب الايجاب والقبول فلا بد للايجاب والقبول من لفظ اخر يدل عليهما
ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب النكاح لان المساومة لا توجد
في النكاح عادة فحملت على الايجاب والقبول على ان الضرورة توجب ان يكون
قول القايل زوج ابنتك مني شطر العقد ولو لم يجعل شطر العقد لتضرر
به الولي لجواز انه يزوج ولا يقبل الخاطب فيلحقه الشين فجعلت شطرا ضرورة
دفع الضرر عن الاولياء وهذا المعنى في باب البيع منعدم فبقيت سوالا فلا يتم
به الركن ما لم يوجد الشطر الاخر واما صفة الايجاب والقبول فهو ان
احدهما لا يكون لازما قبل وجود الاخر فاحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم
قبل وجود الشطر الاخر حتى اذا وجد احد الشطرين من احد المتعاقدين
فللاخر خيار القبول وله خيار ~~القبول~~ الرجوع قبل قبول الاخر لما روي عن
ابي هريرة رضي الله عنه انه قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما والخيار
الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول وخيار الرجوع ولان احد

الشطرين

85

الشطرين لو لزم قبل وجود الاخر لكان صاحبه مجبورا في ذلك الشطر وهذا لا يجوز
واما المبادلة بالفعل فهي التعاطي ويسمى هذا بيع المراوضة وهذا عندنا وقال
الشافعي لا يجوز البيع بالتعاطي لان البيع في عرف الشرع بيعا وذكر القدوري ان
التعاطي يجوز في الاشيا الخسيسة ولا يجوز في الاشيا النفيسة ورواية الجواز
في الاصل مطلقة عن هذا التفصيل وهي الصحيحة لان البيع في اللغة والشريعة
اسم للمبادلة وهي مبادلة شي مرغوب بشي مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعاطي
وهو الاخذ والاعطا وانما قول البيع والشرا دليل عليهما والدليل عليه قوله تعالى
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة عبارة عن جعل الشي للغير ببدل وهو
تفسير التعاطي وقال تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت
تجارتهم اطلق اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع وقال تعالى ان الله
اشترى من المومنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة سمى مبادلة الجنة بالقتال
في سبيل الله اشترا وبيعا وبقوله في اخر الاية فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم
به وان لم يوجد لفظ البيع واذا ثبت ان حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو
الاخذ والاعطا فهذا يوجد في الاشيا الخسيسة والنفيسة جميعا فكان التعاطي
في كل ذلك بيعا فكان جايزا **فصل** واما شرايط الركن فلا يمكن
الوصول الى معرفتها الا بعد معرفة اقسام البياعات لان منها ما يعم البياعات
كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض فنقول البيع في القسمة الاولى ينقسم
قسمين احدهما يرجع الى الحكم والاخر الى البدل اما الذي يرجع الى البدل
فينقسم قسمين ايضا اخراوين احدهما ترجع الى البدلين والاخرى ترجع الى
احدهما وهو الثمن اما الاول فنقول البيع في حق البدلين ينقسم اربعة
اقسام بيع العين بالعين وهو بيع السلع بالسلع ويسمى بيع المقايضة
وبيع العين بالدين وهو بيع السلع بالاثمان المطلقة وهي الدراهم والدنانير
وبيعها بالفلوس النافقة وبالمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف
والعددي المتقارب الموصوف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع الدين
بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف واما الذي يرجع
الى احد البدلين وهو الثمن فينقسم في حق البدل وهو الثمن خمسة اقسام بيع
المساومة وبيع هو مبادلة المبيع باي ثمن اتفق وبيع المرابحة وهو مبادلة المبيع
بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وبيع الاشراك وهو التولية لكن في بعض
المبيع ببعض الثمن وبيع الوضيعة وهو المبادلة بمثل الثمن الاول مع نقصان

كلام من ايجاب وقبول فاما التعاطي فلم يعرف في الشرع م

وزيادة ربح وبيع التولية وهو المبادلة بمثل الثمن الاول

م

شي منه واما القسمة التي ترجع الي الحكم فنذكرها في بيان حكم البيع ان شا الله تعالي
واذا عرفت اقسام البياعات فنذكر شرايطها وهي انواع بعضها شرط الانعقاد
وبعضها شرط النفاذ وهو ما لا يثبت الحكم بدونه وان كان قد ينعقد التصرف
وينفذ ويصح بدونه اما شرايط الانعقاد فانواع بعضها يرجع الي العاقد
وبعضها وبعضها يرجع الي نفس العقد وبعضها يرجع الي مكان العقد وبعضها
يرجع الي المعقود عليه اما الذي يرجع الي العاقد فنوعان احدهما ان يكون عاقلا
فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل لان اهلية التصرف شرط
انعقاد التصرف والاهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه
فاما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا حتي لو باع الصبي العاقل مال
نفسه ينعقد عندنا موقوفا علي اجازة وليه وعلي اجازة نفسه وعلي اجازة
نفسه بعد البلوغ وعند الشافعي شرط فلا ينعقد تصرفات الصبي عنده
اصلا وكذا ليس بشرط النفاذ في الجملة حتي لو توكل عن غيره بالبيع والشرا
ينفذ تصرفه وعنده لا ينفذ وهي مسلة كتاب الماذون وكذا الحرية ليست
بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه حتي ينفذ بيع العبد الماذون بالاجماع وينعقد
بيع العبد الماذون المحجور اذا باع مال مولاه موقوفا علي اجازته عندنا
وكذا الملك او الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع عندنا بل هو شرط النفاذ
حتي يتوقف بيع الفضولي وعنده شرط حتي لا يتوقف اصلا والمسلة تاتي
في موضعها ان شا الله تعالي وكذا اسلام البايع ليس بشرط لانعقاد البيع
ولا لنفاذه ولا لصحته بالاجماع ويجوز بيع الكافر وشراوه وقال الشافعي
اسلام المشتري شرط شرا الرقيق المسلم والمصحف حتي لا يجوز ذلك من الكافر
وجه قوله ان في تملك الكافر المسلم اذلالا بالمسلم وهذا لا يجوز وهذا لا يجوز
ولهذا يجبر علي بيعه عندكم ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع
المسلم العبد المسلم من المسلم وبين بيعه من الكافر فهو علي العموم الا حيث
ما خص بدليل ولان الثابت للكافر بالشرا ليس الا الملك في المسلم والكافر
من اهل ان يثبت الملك له علي المسلم الا تري ان الكافر يرث العبد المسلم
من ابيه وكذا اذا كان له عبد كافر فاسلم يبقي ملكه فيه وهو في الحقيقة ملك
مبتدا لان الملك عرض لا بقا له فدل ان الكافر من اهل ثبوت الملك له
في المسلم واما قوله فيه اذلال بالمسلم فانه لا يظهر في حق الاستخدام والوطي
والاستمتاع بالجارية المسلمة وانما يظهر فيما لا اذلال فيه من الاعتاق والتدبير

بدونه وبعضها شرط الصحة وهو ما لا صحة له بدونه وان كان قد ينعقد وينفذ بدونه وبعضها شرط اللزوم وهو ما لا لزوم للبيع بدونه وان كان قد ينعقد صح

عنده صح

جوازه صح

قلنا الملك عندنا لا يظهر فيما فيه اذلال بالمسلم صح

والكتابة

86

والكتابة والبيع وبه تبين ان الجبر علي البيع ليس لدفع الذل اذ لا ذل علي ما بينا
ولكن لاحتمال وجود فعل لا يحل ذلك في الاسلام لعداوة بين المسلم والكافر واذا
جاز شرا الذمي للعبد المسلم فيجوز اعتاقه وتدبيره واستيلاده وكتابته
لان جواز هذه التصرفات مبني علي الملك وقد وجد الا انه اذا دبره يسعي
العبد في قيمته لانه لا سبيل الي ابقايه علي ملكه ولا سبيل الي الازالة بالبيع
لانه بيع المدبر وانه لا يجوز فتعينت الازالة بالسعاية وكذا اذا كانت
امة فاستولدها فانها تسعي في قيمتها لما قلنا ويوجع الذمي ضربا بالوطيه
المسلمة لانه حرام عليه فيستحق التعزير واذا كاتبه لا يتعرض عليه
لانه ازال يده عنه حتي لو عجز ورد في الرق يجبر علي بيعه وكذلك
الذمي اذا ملك شقصا فالحكم في البعض كالحكم في الكل ولو اشتراه مسلم
من الكافر شرا فاسدا فانه يجبر علي الرد لان رد الفاسد واجب حقا للشرع
ثم يجبر الكافر علي بيعه والله اعلم وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد
البيع والشرا ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الاخرس وشراوه اذا
كانت الاشارة مفهومة في ذلك لانه اذا كانت الاشارة مفهومة في ذلك
قامت اشارته مقام عبارته هذا اذا كان الخرس اصليا بان ولد اخرس
فاما اذا كان عارضا بان طرا عليه فلا الا اذا دام به حتي وقع الياس
عن كلامه وصارت الاشارة مفهومة فيلحق بالاخرس الاصلي والثاني
العدد في العاقد فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في باب البيع الا
الاب فيما يبيع مال نفسه من ولده الصغير بمثل قيمته او بما يتغابن
الناس فيه عادة او يشتري مال الصغير لنفسه بذلك عند اصحابنا
الثلاثة استحسانا وقال زفر لا يجوز وهو القياس وجه القياس
ان الحقوق في باب البيع ترجع الي العاقد وللبيع حقوق متضادة من
التسليم والتسلم والمطالبة فيودي الي ان يكون الشخص الواحد في
زمان واحد مسلما ومتسلما مطالبا ومطالبا وهذا محال ولهذا لم يجز
ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة
ويصلح رسولا من الجانبين لان الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يودي الي
الاستحالة وكذا القاضي يتولي العقد من الجانبين لان الحقوق لا ترجع اليه
فكان بمنزلة الرسول وبخلاف الوكيل في باب النكاح لان الحقوق لا ترجع اليه
فكان بمنزلة الرسول وكان سفيرا محضا بمنزلة الرسول وجه الاستحسان

لكونه مجبورا علي اخراجه عن ملكه صح

م الخرس صح

ح الواحد لا يصلح من الجانبين الا الاب والقاضي

ح الواحد يصلح من الجانبين

قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن فيملكه الاب وكذا البيع
والشرا بمثل قيمته وبما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قربانا على وجه
الاحسن بحكم الحال والظاهر ان الاب لا يفعل ذلك الا في تلك الحال
لكمال شفقته فكان البيع والشرا بذلك قربانا على وجه الاحسن
وقوله يودي الى الاستحالة قلنا ممنوع فانه يجعل كان الصبي باع او اشترى
بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكما فلا يودي الى الاستحالة واما الوصي
اذا باع مال نفسه من الصغير او اشترى مال الصغير لنفسه فان لم يكن
فيه نفع ظاهر لا يجوز بالاجماع وان كان فيه نفع ظاهر جاز عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد لا يجوز لان القياس يابى جوازه اصلا من الاب
والوصي جميعا لما ذكرنا من الاستحالة الا ان الاب لكمال شفقته جعل شخصه
المتحد حقيقة متعدد اذاتا ورايا وعبارة والوصي لا يساويه في الشفقة
فبقي الامر فيه على اصل القياس ولابي حنيفة وابي يوسف ان تصرف
الوصي اذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الاحسن
فيملكه بالنص وقوله لا يمكن الحاق الوصي بالاب لقصور شفقته قلنا
الوصي له شبهان شبه الاب وشبه الوكيل اما شبهه بالوكيل فلكونه
اجنبيا وشبهه بالاب لكونه مرضي الاب فالظاهر انه ما رضي به الا لوفور
شفقته على الصغير فاثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملا بشبهة
الاب وقطعناولايته عند عدمه عملا بشبه الوكيل عملا بالشبهين
بقدر الامكان والله اعلم **فصل** واما الذي يرجع الى نفس العقد فهو
ان يكون القبول موافقا للايجاب بان يقبل المشتري ما اوجبه البايع
وبما اوجبه فان خالفه بان قبل غير ما اوجبه او بعض ما اوجبه او بغير ما
اوجبه او ببعض ما اوجبه لا ينعقد من غير ايجاب مبتدا موافق
بيان هذه الجملة اذا اوجب البيع في العبد فقبل في الجارية لا ينعقد وكذا
اذا اوجب في العبدين بالف درهم فقال المشتري قبلت في هذا العبد
واشار الى واحد معين لا ينعقد لان القبول في احدهما تفريق الصفقة
على البايع والصفقة اذا وقعت مجتمعة من البايع لا يملك المشتري تفريقها
قبل التمام لان من عادة التجار ضم الردي الى الجيد ترويجا للردي بواسطة
الجيد فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبل في الجيد دون الردي فيتضرر
به البايع والضرر منفي ولان غرض الترويج لا يحصل الا بالقبول فيهما جميعا

فلا يكون راضيا بالقبول في احدهما ولان القبول في احدهما يكون اعراضا
عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس ولذلك لو اوجب البيع في كل العبد
وقبل المشتري في نصفه لا ينعقد لان البايع يتضرر بالتفريق لانه
يلزمه عيب الشركة ثم اذا قبل المشتري بعض ما اوجبه البايع كان هذا
شرا مبتدا فان اتصل به الايجاب من البايع في المجلس ينظر ان كان للبعض
الذي قبل المشتري حصة معلومة من الثمن جاز والا فلا بيانه اذا قال
بعت منك هذين الكرين بعشرين درهما فقبل المشتري في احدهما واوجب
البايع جاز لان الثمن ينقسم على المبيع باعتبار الاجزا فيما له مثل فكان بيع الكرين
بعشرين بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين وكذلك اذا قال بعتك
هذين العبدين بالف فقبل المشتري في احدهما وبين ثمنه فقال البايع
بعت يجوز فاما اذا لم يبين ثمنه لا يجوز وان ابتدا البايع الايجاب
بخلاف مسلة الكرين وساير الاشيا المتماثلة لما ذكرنا ان الثمن في
المتماثلات ينقسم على المبيع باعتبار الاجزا فكان حصة كل واحد معلوما
وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الاجزا لانعدام تماثل الاجزا
فاذا لم ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة وجهالة الثمن
تمنع صحة البيع هذا اذا لم يبين البايع حصة كل واحد من العبدين فان
قال بعت منك هذين العبدين هذا بالف وهذا بخمس ماية فقبل المشتري
في احدهما دون الاخر جاز لانعدام تفريق الصفقة من المشتري بل البايع
هو الذي فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة وعلم انه لا
ضرر له فيه ولو كان فهو ضرر مرضي به وانه غير مرفوع وكذا اذا اوجب
البيع في شي بالف فقبل فيه بخمس ماية لا ينعقد وكذا لو اوجب بجنس
ثمن فقبل بجنس اخر الا اذا رضي البايع به في المجلس وعلى هذا اذا خاطب
البايع رجلين فقال بعتكما هذا العبد او هذين العبدين فقبل احدهما
دون الاخر لا ينعقد لانه اضاف الايجاب في العبدين او عبد واحد
اليهما جميعا فلا يصلح كلام احدهما جوابا للايجاب وكذلك لو
خاطب المشتري رجلين فقال اشتريت منكما هذا العبد بكذا
فاوجب احدهما لم ينعقد لما قلنا والله اعلم **فصل** واما الذي يرجع
الى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بان كان الايجاب والقبول
في مجلس فان اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو اوجب احدهما البيع فقام الاخر

حش شرط القبول ان يكون موافقا للايجاب

م نعقل في احدهما بان قال بعت منك هذين العبدين م

م من البايع صح

انقسام الثمن

م بان قال بعت منك هذين العبدين بالف درهم فاما اذا بين م

بلغ

م واحد م

عن المجلس قبل القبول او اشتغل بعمل اخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل
لا ينعقد لان القياس ان لا يتاخر احد الشطرين عن الاخر في المجلس لانه
كما وجد احدهما ينعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والاول
منعدم فلا ينتظم الركن الا ان اعتبار ذلك يودي الى انسداد باب البيوع
فتوقف احد الشطرين على الاخر حكما وجعل المجلس جامعا للشطرين
مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقضيا عند اتحاد المجلس
واذا اختلف لا يتوقف وهذا عندنا وقال الشافعي الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الكن
بدونه وجه قوله ما ذكرنا ان القياس لا يتاخر احد الشطرين عن الاخر والتاخر لمكان م تراكم
لمكان الضرورة وانها تندفع بالفور ولنا ان في اعتبار الفور ضرورة لان
القابل يحتاج الى التامل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التامل وعلى هذا اذا
تبايعا وهما يمشيان او يسيران على دابتين او دابة واحدة في محمل واحد
فان خرج الايجاب والقبول منهما متصلين انعقد وان كان بينهما فصل
وسكوت وان قل لا ينعقد لان المجلس تبدل بالمشي والسير وان قل
الا ترى انه لو قرا اية السجدة وهو يمشي على الارض او يسير على الدابة
لا يصلي عليها مرارا يلزمه لكل قراة سجدة وكذا لو خير امراته وهي تمشي
على الارض او تسير على دابة لا تصلي عليها فمشت او سارت بطل
خيارها لتبدل المجلس وان اختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج صح
اختيارها لان المجلس لم يتبدل فكذا ها هنا ولو تبايعا وهما واقفان انعقد
لاتحاد المجلس ولو اوجب احدهما وهما واقفان فسار الاخر قبل القبول
او سارا جميعا ثم قبل لا ينعقد لانه لما سار او سارا فقد تبدل المجلس قبل
القبول فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد ولو وقفا فخير امراته ثم سار
الزوج وهي واقفة فالخيار في يدها ولو سارت هي والزوج واقف بطل
خيارها فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج وفي باب البيع يعتبر مجلسهما
جميعا لان التخيير من قبل الزوج لازم الا ترى انه لا يملك الرجوع عنه ولا
يبطل بالاعراض واحد الشطرين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الاخر
فاحتمل البطلان بالاعراض ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد سواء كانت
واقفة او جارية خرج الشطران منفصلين او متصلين بخلاف المشي على
الارض والسير على الدابة لان جريان السفينة بجريان الماء لا باجراء راكبها الا ترى
ان راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافا اليه فلم يختلف يختلف

المجلس

المجلس فاشبه البيت بخلاف المشي والسير اما المشي فظاهر لانه فعله وكذا سير
الدابة مضاف اليه الا ترى انه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف
المجلس بسيرها ولهذا لو كرر اية السجدة في السفينة وهي جارية لا يلزمه الا
سجدة كما لو كررها في بيت واحد وكذا اذا خير امراته في السفينة وهي
جارية فهي على خيارها ما لم يوجد منها دليل الاعراض وعلى هذا اذا اوجب
احدهما البيع والاخر غايب فبلغه فقبل لا ينعقد بان قال بعت عبدي
هذا من فلان الغايب بكذا فبلغه فقبل ولو قبل عنه قابل ينعقد والاصل
في هذا ان احد الشطرين من احد العاقدين في باب البيع يتوقف على
الاخر في المجلس ولا يتوقف على الشطر الاخر من العاقد الاخر فيما ورا المجلس
بالاجماع الا اذا كان عنه قابل او كان بالرسالة او بالكتابة اما الرسالة الرسول والبيع
فهي ان يرسل رسولا الى رجل فيقول للرسول اني بعت عبدي هذا من
فلان الغايب بكذا م فاذهب الرسول وبلغ الرسالة فقال المشتري في م فاذهب اليه وقل له ان فلانا ارسلني اليك وقال لي قل له اني قد بعت عبدي هذا من فلان بكذا ص
مجلسه ذلك قبلت انعقد البيع لان الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل
ناقل كلامه الى المرسل اليه فكانه حضر بنفسه فاوجب البيع وقبل الكتابة بالبيع
الاخر في المجلس واما الكتابة فهي ان يكتب الرجل الى رجل اما بعد فقد
بعت عبدي فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشتريت
لان خطاب الغايب كتابه فكانه حضر بنفسه وخاطب بالايجاب فقبل
الاخر في المجلس ولو كتب شطر العقد ثم رجع صح رجوعه لان الكتابة لا
تكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الاخر صح رجوعه
فها هنا اولى وكذا لو ارسل رسولا ثم رجع لان الخطاب بالرسالة لا يكون
فوق المشافهة وذا محتمل للرجوع فها هنا اولى وسوا علم الرسول رجوع
المرسل او لم يعلم به بخلاف ما اذا وكل انسانا ثم عزله بغير علمه لا يصح
عزله لان الرسول يحكي كلام المرسل وينقله الى المرسل اليه فكان سفيرا
ومعبرا محضا فلم يشترط علم الرسول بذلك فاما الوكيل فانما يتصرف
عن تفويض الموكل اليه فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغرير
على ما ذكرنا في كتاب الوكالة وكذلك هذا في الاجارة والكتابة لان
اتحاد المجلس شرط للانعقاد ولا يتوقف احد الشطرين من احد
العاقدين على وجود الشطر الاخر اذا كان غايبا لان كل واحد منهما
عقد معاوضة الا اذا كان عن الغايب قابل او بالرسالة او بالكتابة كما في

البيع واما في النكاح فهل يتوقف بان يقول رجل للشهود اشهدوا اني قد تزوجت
فلانة بكذا فبلغها فاجازت او قالت امراة اشهدوا اني قد زوجت نفسي
من فلان بكذا فبلغه فاجاز عند ابي حنيفة ومحمد لا يتوقف ايضا الا اذا
كان عن الغايب قابل وعند ابي يوسف يتوقف وان لم يقبل عنه احد
وكذا الفضولي من الجانبين بان قال زوجت فلانة من فلان وهما
غايبان فبلغهما فاجازا لم يجز عندهما وعند ابي يوسف يجوز وهي
مسئلة كتاب النكاح والفضولي من الجانبين في باب البيع اذا بلغهما فاجازا
لم يجز بالاجماع واما الشطر في باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف
بالاجماع حتى لو قال خالعت امراتي فلانة الغايبة على كذا فبلغها الخبر
فقبلته جاز واما من جانب المراة فلا يتوقف بالاجماع حتى لو قالت
اختلعت من زوجي فلان الغايب على كذا فبلغه الخبر فاجاز لم يجز
ووجه الفرق ان الخلع من جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق
بقبول المال فكان يمينا ولهذا لا يملك الرجوع عنه ويصح فيه الاضافة
الى الوقت والتعليق بالشرط بان يقول الزوج خالعتك غدا وان قدم
فلان فقد خالعتك على كذا واذا كان يمينا فغيبة المراة لا تمنع صحة اليمين
كما في التعليق بدخول الدار وغيره ذلك واما من جانب المراة فهو معاوضة
ولهذا لا يصح تعليقه بالشرط من جانبها فلا يصح اضافته الى وقت وتملك
الرجوع قبل اجازة الزوج واذا كان معاوضة فالشطر في المعاوضات لا يتوقف
كما في البيع وغيره وكذلك الشطر في اعتاق العبيد على مال من جانب المولى
يتوقف اذا كان العبد غايبا ومن جانب العبد لا يتوقف اذا كان المولى
غايبا لانه من جانبه تعليق العتق بالشرط ومن جانب العبد معاوضة
والاصل ان في كل موضع لا يتوقف الشطر على ماوراء المجلس يصح الرجوع
عنه ولا يصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما في البيع والاجارة
والكتابة وفي كل موضع يتوقف الشطر على ماوراء المجلس لا يصح الرجوع عنه
ويصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما في الخلع من جانب الزوج
والاعتاق على مال من جانب المولى والله اعلم **فصل** واما الذي يرجع
الى المعقود عليه فانواع منها ان يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم البيع الباطل
وما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج بان قال بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع
الحمل لانه ان باع الولد فهو بيع المعدوم وان باع الحمل فله خطر العدم وكذا بيع

اللبن

ح الزرع
بيع الثمر قبل بدو صلاحها

اللبن في الضرع لان له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع وكذا بيع الثمر والزرع قبل
ظهوره لانها معدومة وان كان بعد الطلوع جاز وان كان قبل بدو
صلاحها اذا لم يشترط الترك ومن مشايخنا من قال لا يجوز الا اذا صار
بحال ينتفع به بوجه من الوجوه فان كان بحيث لا ينتفع به اصلا لا ينعقد
واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار قبل بدو
صلاحها ولانه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعا بها فلا يكون مالا فلا
يجوز بيعها وهذا اختلاف الرواية فان محمدا رحمه الله ذكر في كتاب
الزكوة في باب العشر انه لو باع الثمار في اول ما تطلع وتركها بامر
البايع حتى ادركت فالعشر على المشتري والدليل على جواز بيعه ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع نخلا مؤبرة فثمرته للبايع الا ان
يشترطها المبتاع جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بينما اذا
بدا صلاحها او لا ولانها محل للبيع كيف ما كانت والمعنى فيه وهو انه
باع ثمرة موجودة وهي بعرض ان تصير منتفعا بها في الثاني وان لم يكن
منتفعا بها في الحال فيجوز بيعها كبيع جرو الكلب على اصلنا وبيع المهر
والجحش والارض السبخة والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل ادراكها
بان باعها تمرا وهي بسر او باعها عنبا وهي حصرم دليل صحة هذا التاويل
قوله صلى الله عليه وسلم في سياق الحديث ارايت ان منع الله الثمرة بم يستحل
احدكم مال صاحبه ولفظة المنع تقتضي ان لا يكون ما وقع عليه المنع
موجودا لان المنع منع الوجود وما يوجد من الزرع بعضه بعد
بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم
يظهر وهذا قول عامة العلما وقال مالك اذا ظهر فيه الخارج الاول
يجوز بيعه لان فيه ضرورة لانه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب
بعضها بعد بعض فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس
في الحرج ولنا ان ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة
والحرج ممنوعة فانه يمكنه ان يبيع الاصل بما فيه من الثمر وما يحدث
منه بعد ذلك يكون على ملك المشتري وقد روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الحبل وحبل الحبلة وروي حبل الحبلة وهو بمعنى الاول
وانما زيادة الها للتاكيد والمبالغة وروي حبل الحبلة بخفض البا من الكلمة
الاخيرة والحبلة هي الحبلى فكان نهيا عن بيع ولد الحبلى وروي انه نهى

ولو لم يجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشتري ص

بيع ما يظهر شيئا بعد شي

عن بيع اللبن في الضرع وبيع عسب الفحل لان عسب الفحل ضرابه وهو عند
العقد منعدم وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل ولا
يمكن حمل النهي على نفس العسب وهو الضراب لان ذلك جائز بالاعارة فيحمل
على البيع والاجارة الا انه حذف ذلك واضمر فيه كما في قوله تعالى واسأل
القرية وغير ذلك وبيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن (لا يجوز م)
في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن ويجوز بيع الحنطة وسائر
الحبوب في سنابلها لان بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك
بيع المعدوم لانه لا دقيق في الحنطة ولا زيت في الزيتون لان الحنطة اسم
للمركب والدقيق للمتفرق فلا دقيق في حال كونه حنطة ولا زيت حال
كونه زيتونا فكان هذا بيع المعدوم فلا ينعقد بخلاف بيع الحنطة في سنبلها
لان ما في السنبل حنطة اذ هي اسم للمتركب وهي في سنبلها على تركبها
فكان بيع الموجود حتى لو باع تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة لا ينعقد
لانه لا يصير تبنا الا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبنا قبله فكان بيع المعدوم
فلا ينعقد بخلاف بيع الجذع في السقف والآجر في الحائط وذراع من
كرباس او ديباج انه ينعقد حتى لو نزع او قطع وسلم اجبر المشتري
على الاخذ وههنا لا ينعقد اصلا حتى لو طحن او عصر وسلم لا يجبر المشتري
على القبول لان عدم النفاذ هناك ليس لخلل في الركن ولا في العاقد والمعقود
عليه بل لمضرة العاقد بالنزع والقطع فاذا نزع وقطع فقد زال المانع فنفذ (م للحوم)
اما ههنا فالمعقود عليه معدوم حالة العقد ولا يتصور انعقاد العقد
بدونه فلم ينعقد اصلا فلا يحتمل النفاذ فهو الفرق وكذا بيع البزر
في البطيخ الصحيح لانه بمنزلة الزيت في الزيتون وبيع النوى في التمر
وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لانها انما تصير لحما بالذبح والسلخ فكان
بيع المعدوم فلا ينعقد وكذا بيع الشحم الذي فيها واليتها واكارعها
وراسها لما قلنا وكذا بيع الكسب في السمسم لانه انما يصير كسبا بعد
العصر وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فاذا هو
زجاج او قال بعتك هذا الثوب الهروي بكذا فاذا هو مروي لا ينعقد
البيع في هذه المواضع لان المبيع معدوم والاصل في هذا ان الاشارة مع التسمية
اذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر ان كان المشار اليه من خلاف
جنس المسمى فالعبرة للتسمية ويتعلق العقد بالمسمى وان كان من جنسه

(م هذا الفص على انه ياقوت بكذا فاذا هو زجاج او قال بعتك م)
(او قال بعتك هذا الثوب على انه هروي فاذا هو مروي م)

لكنه

لكنه يخالفه في الصفة فان تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية ايضا عندنا
ويلحقان بمختلفي الجنس وان قل التفاوت فالعبرة للمشار اليه ويتعلق العقد به
واذا عرف هذا فنقول الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان وكذا الهروي
مع المروي نوعان مختلفان فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل
ولا ينعقد ولو قال بعتك هذا العبد فاذا هو جارية لا ينعقد عند اصحابنا الثلاثة
وعند زفر يجوز وجه قوله ان المسمى ههنا من جنس المشار اليه اعني العبد والجارية
وانما يختلفان في صفة الذكورة والانوثة وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار اليه كما
اذا قال بعتك هذه الشاة على انها نعجة فاذا هي كبش ولنا انهما جنسان
مختلفان في المعنى لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلافا فاحشا فالتحقا بمختلفي
الجنس حقيقة بخلاف النعجة مع الكبش لانهما اتفقا جنسا ذاتا ومعنى اما ذاتا فظاهر
لان اسم الجنس يتناولهما واما معنى فلان المطلوب من كل واحد منهما منفعة الاكل
فتجانسا ذاتا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار اليه وهو موجود محل البيع فجاز بيعه
ولكن المشتري بالخيار لانه فاتته صفة مرغوبة فاوجب ذلك خللا في الرضا
فيثبت له الخيار وكذا لو باع دارا على ان بناءها آجر فاذا هو لبن لا ينعقد
لانهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالجنسين المختلفين وكذا لو
باع ثوبا على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد لان
العصفر مع الزعفران مختلفان في اللون اختلافا فاحشا وكذا لو باع حنطة
في جوالق فاذا هو دقيق او شرط الدقيق فاذا هو خبز لا ينعقد لان الحنطة
مع الدقيق جنسان مختلفان وكذا الدقيق مع الخبز الا ترى ان من غصب من
آخر حنطة فطحنها ينقطع حق المالك دل انها بالطحن تصير شيئا آخر
فكان بيع المعدوم فلا ينعقد واذا قال بعتك هذه الشاة على انها ميتة
فاذا هي ذكية جاز بالاجماع لان الميتة ليست بمحل للبيع فلغت التسمية وبقيت
(م هو) الاشارة الى الذكية ولو قال بعتك هذا الثوب القز فاذا هو ملحم ينظر ان كان
(وسداه من غير القز م) سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد وان كان لحمته من القز فالبيع جائز
لان الاصل في الثوب اللحمة لانه انما يصير ثوبا بها فاذا كانت لحمته من
(معدوم لعله) غير القز فاختلف الجنس فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم فلم ينعقد
البيع واذا كانت من القز فالجنس لم يختلف فتعتبر الاشارة والمشار اليه
موجود فكان محلا للبيع الا انه يثبت الخيار للمشتري لان كون السدا منه امر
مرغوب فيه وقد فات فيوجب الخيار وكذلك اذا قال بعتك هذا الثوب

الخز بكذا فاذا هو ملحم فهو علي التفصيل الا ان لحمته اذا كانت خزا وسداه اذا كان من
غيره حتي جاز البيع فقد قيل انه ينبغي ان لا يثبت الخيار للمشتري ها هنا لان الخز هكذا
ينسج بخلاف القز ولو باع جبة علي ان بطانتها وظهارتها كذا وحشوها فان كانت
الظهارة من غير ما شرط لا ينعقد البيع وان كانت البطانة والحشو من غير ما شرط
لان الاصل هو الظهارة الا تري انه ينسب الثوب اليها ويختلف الاسم باختلافها وانما
البطانة تجري مجري التابع لها وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهاره وما
سواها جاريًا مجري الوصف لها ففواته لا يمنع الجواز ولكنه يوجب الخيار لانه فات
شي مرغوب فيه ولو قال بعتك هذه الدار علي ان فيها بنا فاذا لا بنا فيها فالبيع جايز
والمشتري بالخيار ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا ترك فرق بين هذا وبينما
اذا قال بعتك هذه الدار علي ان بناها اجر فاذا هو لبن لا ينعقد ووجه
الفرق ان الاجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا فالتحقا بمختلفي
الجنس علي ما بينا فيما تقدم ومنها ان يكون مالا لان البيع مبادلة المال بالمال فلا
ينعقد بيع الحر لانه ليس بمال وكذا بيع ام الولد لانها حرة من وجه لما روي عن
رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال اعتقها ولدها وروي عنه عليه السلام انه
قال في ام الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من الثلث نفي جواز بيعها مطلقا
وسماها حرة فلا تكون مالا علي الاطلاق خصوصا علي اصل ابي حنيفة رحمه الله لان
الاستيلاد يوجب سقوط المالية حتي لا تضمن بالغصب والبيع الفاسد والاعتاق
وانما تضمن بالقتل لا غير لان ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال والمسلة تاتي
في موضعها ولا بيع المدبر المطلق عندنا وقال الشافعي بيع المدبر جايز واحتج
بما روي عن جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلي الله عليه وسلم اجاز بيع المدبر وعن
عايشة رضي الله عنها انها دبرت مملوكة لها فغضبت عليها فباعتها ولان
التدبير تعليق العتق بالموت والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فلم يكن
العتق ثابتا اصلا قبل الموت فيجوز بيعه كما اذا علق عتق عبد بدخول الدار
ونحو ذلك ثم باعه قبل ان يدخل الدار وكما في المدبر المقيد ولنا ما روي
ابو سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الانصاري رضي الله عنهما ان النبي صلي الله عليه
وسلم نهي عن بيع المدبر ومطلق النهي محمول علي التحريم وروي عن عبد الله بن عمر
عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث
وهذا نص في الباب ولانه حر من وجه فلا يجوز بيعه كام الولد والدليل
علي انه حر من وجه الاستدلال بضرورة الاجماع وهو انه يعتق بعد الموت

بالاجماع

تماشرط وان كانت الظهاره تماشرط البيع جار البيع وان كانت البطانة والحشو م

بيع المدبر

91

بالاجماع والحرية لا بد لها من سبب وليس ذلك الا الكلام السابق وليس هو
بتحرير بعد الموت لان التحرير فعل اختياري والله لا يتحقق من الميت وكان تحريرا
من حين وجوده وكان ينبغي الحرية من كل وجه للحال الا انها تاخرت
من وجه الي اخر جزو من اجزا حياته بالاجماع ولا اجماع علي التاخر من وجه
فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال فلا يكون مالا مطلقا فلا يجوز بيعه
وحديث جابر وعايشة حكاية فعل يحتمل انه اجاز بيع مدبر مقيد ويحتمل انه
يكون المراد منه الاجارة لان الاجارة بلغة اهل المدينة تسمي بيعًا ويحتمل انه كان
في ابتدا الاسلام حين كان بيع المدبر مشروعا ثم نسخ فلا يكون حجة مع الاحتمال
واما المدبر المقيد فهنا له لا يمكن ان يجعل الكلام السابق ايجابا من حين وجوده
لكن لا يتعلق به حكم والله اعلم ولا بيع المكاتب لانه حر يدا فلا تثبت يد تصرف
الغير عليه ولا بيع معتق البعض موسرا كان المعتق او معسرا عند اصحابنا الثلاثة
لانه بمنزلة المكاتب عند ابي حنيفة وعندهما هو حر عليه دين واما
عند الشافعي فان كان المعتق معسرًا فلشريكه الساكت ان يبيع نصيبه بنا علي
اصله ان المعتق ان كان معسرًا فالاعتاق متجز فبقي نصيب شريكه علي
ملكه فيجوز له بيعه وكل جواب عرفت في هولا فهو الجواب في اولاد من
هولا لان الولد يحدث علي وصف الام ولهذا كان ولد الحرة حرا وولد الامة
رقيقا وكما لا ينعقد بيع المكاتب وولد المولود في الكتابة لا ينعقد بيع
ولد المشتري في الكتابة ووالديه لانهم تكاتبوا بالشرا واما من سواهم
من ذوي الارحام اذا اشتراه يجوز بيعهم عند ابي حنيفة لانهم لم يتكاتبوا
وهي مسلة كتاب المكاتب ولا ينعقد بيع الميتة والدم لانه ليس بمال
وكذا ذبيحة المجوسي والمرتد والمشرك لانها ميتة وكذا متروك التسمية
عمدا عندنا خلافا للشافعي وهي مسلة كتاب الذبايح وكذا ذبيحة المجنون
والصبي الذي لا يعقل لانها في معني الميتة وكذا ما ذبحه المحرم من الصيد
كان صيد الحرم او الحل لان ذلك ميتة ولا ينعقد بيع صيد الحرم محرما
كان البايع او حلالا لانه حرام الانتفاع به في حقه فلا يكون مالا في حقه
ولو وكل محرم حلالا ببيع صيد فباعه فالبيع جايز عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد باطل وهو علي اختلافهم في مسلم وكل ذميا ببيع خمر
فباعها وجه قولهما ان البايع هو الموكل معني لان حكم البيع يقع له والمحرم
ممنوع عن تمليك الصيد وتملكه وجه قول ابي حنيفة ان البايع في الحقيقة

م ان يثبت به صح

م لو باع مدبرا مقيدا صح

لـ

م لانه علق عتقه بموت موصوف بصفة واحتمل ان يموت من ذلك المرض والسفر اولا فكان الخطر قائما فكان تعليقا فلم يكن ايجابا ما دام الخطر قائما ومتي اتصل به الموت ظهر انه كان تحريرا من وجه من حين وجوده م

م بالشرا وعند ابي يوسف ومحمد لا يجوز لانهم تكاتبوا م

م ذبح من صيد الحرم محرما كان الذابح او حلالا وما م

م شرعا فلم يكن مالا ولا بيع صيد الاحرام سواء كان صيد الحرم او الحل لانه حرام الانتفاع به م

هو الوكيل لان بيعه كلامه القايم به حقيقة ولهذا ترجع حقوق العقد اليه
الا ان الموكل يقوم مقامه شرعا في نفس الحكم مع اقتصار نفس التصرف
علي مباشره حقيقة والمحرم من اهل ثبوت الملك له في الصيد حكما لا تملكه
حقيقة الا تري انه يرث وهذا لان المنع انما يكون عما للعبد فيه صنع ولا
صنع له فيما يثبت حكما فلما يحتمل المنع ولو باع حلال لحلال صيدا ثم احرم
احدهما قبل القبض يفسخ البيع لان الاحرام كما يمنع البيع والشرا يمنع التسليم
والقبض لانه عقد من وجه علي ما عرف فيلحق به في حق الحرمة احتياطا
ولو وكل حلال لحلال ببيع صيد فباعه ثم احرم الموكل قبل قبض المشتري
فعلي قياس قول ابي حنيفة جاز البيع وعلي قياس قولهما يبطل لان الاحرام
القايم لا يمنع من جواز التوكيل عنده فالطاري لا يبطله وعندهما القايم يمنع
فالطاري يبطله حلالان تبايعا صيدا في الحل وهما في الحرم جاز عند ابي
حنيفة وعند محمد لا يجوز وجه قول محمد ان كون الحرم مامنا يمنع من
التعرض للصيد سوا كان المتعرض في الحرم او الحل بعد ان كان المتعرض
في الحرم الا تري انه لا يحل للحلال الذي في الحرم ان يرمي الي الصيد الذي في
الحل كما لا يحل له ان يرمي اليه اذا كان في الحرم وجه قول ابي حنيفة رحمه الله
ان كونه في الحرم يمنع من التعرض لصيد الحل لكن حسا لا شرعا بدليل ان الحلال
في الحرم اذا امر حلالا بذبح صيد في الحل جاز ولو ذبح حل اكله ومعلوم ان
الامر بالذبح في معني التعرض للصيد فوق البيع والشرا فلما لم يمنع من
ذلك فلان لا يمنع من هذا اولي وهذا لان المنع من التعرض انما كان احتراما
للحرم وكل ما فيه ترك احترام يجب صيانة الحرم عنه وذلك بما باشره
سبب الايذا في الحرم ولم يوجد في البيع والله اعلم ولا يباع لحم السبع لانه
لا يباح الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا وروي عن ابي حنيفة انه يجوز بيعه
اذا ذبح لانه صار طاهرا بالذبح واما جلد السبع والحمار والبغل فان كان مدبوغا
او مذبوحا يجوز بيعه لانه يباح الانتفاع به شرعا فكان مالا وان لم يكن
مدبوغا ولا مذبوحا لا ينعقد بيعه لانه اذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات
الميتة فيه فكان حكمه حكم الميتة ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان لانه
نجس العين بجميع اجزايه وقيل ان جلده لا يحتمل الدباغ واما عظم الميتة وعصبها
وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها م
عندنا وعند الشافعي لا يجوز بنا علي ان هذه الاشيا طاهرة عندنا وعنده نجسة والانتفاع بها م

92

واحتج بقوله تعالي حرمت عليكم الميتة وهذه من اجزا الميتة فيكون حراما فلا يجوز
بيعها وقال صلي الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب ولنا
قوله تعالي والله جعل لكم من بيوتكم سكنا الي قوله ومن اصوافها واوبارها واشعارها
الاية اخبر انه جعل هذه الاشيا لنا ومن علينا بذلك من غير فصل بين الذكية
والميتة فيدل علي تاكد الاباحة ولان حرمة الميتة ليست لموتها فان الموت
موجود في السمك والجراد وهما حلالان قال صلي الله عليه وسلم احلت لنا
ميتتان ودمان بل لما فيها من الرطوبات السيالة والدما النجسة لانجمادها
بالموت ولهذا يطهر الجلد بالدباغ حتي يجوز بيعه لزوال الرطوبات عنه
ولا رطوبة في هذه الاشيا فلا تكون حراما ولا حجة له في الحديث لان الاهاب
اسم لغير المدبوغ لغة والمراد من العصب حالة الرطوبة يحمل عليه توفيقا بين
بيع عظم الخنزير الدلايل واما عظم الخنزير وعصبه فلا يجوز بيعه لانه نجس العين واما
شعره فقد روي انه طاهر يجوز بيعه والصحيح انه نجس لا يجوز بيعه
لانه جزو منه الا انه رخص استعماله للخرازين للضرورة واما عظم الادمي وشعره
فلا يجوز بيعه لا لنجاسته لانه طاهر في الصحيح من الرواية لكن احتراما له
والابتذال بالبيع يشعر بالاهانة وقد روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال
لعن الله الواصلة والمستوصلة واما عظم الكلب وشعره ففيه اختلاف
بين مشايخنا علي الاصل الذي ذكرنا وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا
بيع جلد ذي ناب باس ببيع عظم الفيل والانتفاع به وقال محمد عظم الفيل نجس لا يجوز بيعه
ولا الانتفاع به ذكره في العيون ويجوز بيع كل ذي مخلب من الطير معلما
كان او غير معلم بلا خلاف واما بيع كل ذي ناب من السباع سوي الخنزير
كالكلب والفهد والاسد والنمر والذيب والهر ونحوها فجايز عند
اصحابنا وعند الشافعي لا يجوز ثم عندنا لا فرق بين المعلم وغير المعلم في
رواية الاصل فيجوز بيعه كيف ما كان وروي عن ابي يوسف انه لا يجوز
بيع الكلب العقور احتج الشافعي بما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم
انه قال ومن السحت مهر البغي وثمن الكلب ولو جاز بيعه لما كان ثمنه
سحتا لانه نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير الا انه رخص الانتفاع به
لجهة الحراسة والاصطياد للحاجة والضرورة وهذا لا يدل علي جواز البيع
كما في شعر الخنزير ولنا ان الكلب مال فكان محلا للبيع كالصقر والبازي
م انه م والدليل علي انه مال انه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا علي الاطلاق

فكان مالا ولا شك انه منتفع به حقيقة والدليل على انه مباح الانتفاع به
شرعا على الاطلاق ان الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد مطلق شرعا
في الاحوال كلها فكان محلا للبيع لان البيع اذا صادف محلا منتفعا به حقيقة
مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق مست الحاجة الى شرعه لان شرعه يقع
سببا ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة اذ الحاجة الى قطع المنازعة
فيما يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق لا فيما يجوز واما الحديث فيحتمل
انه كان في ابتدا الاسلام لانهم كانوا الفوا اقتنا الكلاب فامر بقتلها ونهى
عن بيعها مبالغة في الزجر او يحمل على هذا توفيقا بين الدلايل قوله انه
نجس العين قلنا هذا ممنوع فانه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق
اصطيادا او حراسة ونجس العين لا يباح الانتفاع به شرعا الا في حالة الضرورة
كالخنزير ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لانه ليس بمال في حق المسلمين واما — بيع الخنزير والخمر
اهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير اما على قول بعض مشايخنا
فلانه يباح الانتفاع به شرعا لهم كالخل وكالشاة لنا فكان مالا في حقهم
فيجوز بيعه وروي ان عمر رضي الله عنه كتب الى عشاره بالشام ان ولوهم
بيعها وخذوا العشر من اثمانها ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما امرهم بتوليتهم
البيع وعن بعض مشايخنا حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم
والكافر لان الكفار مخاطبون بشرايع هي حرمات هو الصحيح من مذهب
اصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم يعتقدون
حلها ويتمولونها ونحن امرنا بتركهم وما يدينون ولو اشترى عصيرا
فتخمر قبل القبض للمشتري ان يفسخ البيع لان للقبض شبها بالعقد فوقع
العجز عن التسليم والقبض فينفسخ كما اذا تعيب قبل القبض ولو باع ذمي
من ذمي خمرا او خنزيرا ثم اسلما او اسلم احدهما قبل القبض يفسخ البيع لانه
بالاسلام حرم البيع والشرا فيحرم القبض والتسليم ايضا لانه يشبه الانشا
او انشا من وجه فيلحق به في باب الحرمات احتياطا واصله قوله تعالى
يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مومنين والامر
بترك ما بقي من الربا هو النهي عن قبضه بعد بيعه وقوله تعالى في اخر الاية
وان تبتم فلكم روس اموالكم واذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقا العقد
فايدة فيبطله القاضي كمن باع عبدا فابق قبل القبض ولو كان اسلامهما
او اسلام احدهما بعد القبض مضى البيع لان الملك قد ثبت على الكمال بالعقد

والقبض

استقراض الخمر — والقبض في حالة الكفر وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا
ينافي ذلك فان من تخمر عصيره لا يومر بابطال ملكه فيها ولو اقرض الذمي
ذميا خمرا ثم اسلم احدهما فان اسلم المقرض سقطت الخمر ولا شي له من
قيمة الخمر على المستقرض اما سقوط الخمر فظاهر واما القيمة فلان
سف — العجز عن قبض المثل جا من قبله فلا شي له وان اسلم المستقرض روى ابو يوسف
عن ابي حنيفة انه تسقط قيمة الخمر وليس عليه قيمة الخمر ايضا كما لو اسلم
م بن زياد م — المقرض وروى محمد وزفر وعافية القاضي عن ابي حنيفة ان عليه قيمة
الخمر وهو قول محمد وجه هذه الرواية ان امتناع التسليم من
المستقرض انما جا المعنى من قبله وهو اسلامه فكانه استهلكه عليه والمسلم
اذا استهلك خمر الذمي يضمن قيمته وجه رواية ابي يوسف انه لا سبيل
م لانه م — الى تسليم المثل لانه يمنع منه ولا الى القيمة لان ذلك يوجب ملك المستقرض
بيع القرد — والاسلام يمنع منه والله اعلم واما القرد فعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان
وجه رواية عدم الجواز انه غير منتفع به شرعا فلا يكون مالا كالخنزير
وجه رواية الجواز انه ان لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده
والصحيح هو الاول لانه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل للتلهي به
بيع الفيل — وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وانه لا يجوز ويجوز بيع الفيل
بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق
بيع الحية وهوام الارض — فكان مالا ولا ينعقد بيع الحية والعقرب وجميع هوام الارض كالوزغة
والضب والسلحفاة والقنفذ ونحو ذلك لانها محرمة الانتفاع بها شرعا
لكونها من الخبايث فلم تكن اموالا فلم يجز بيعها وذكر في الفتاوى انه يجوز
بيع الحية التي ينتفع بها للادوية وهذا غير سديد لان المحرم شرعا لا يجوز
الانتفاع به للتداوي كالخمر والخنزير وقال النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل
شفاكم فيما حرم عليكم فلا تقع الحاجة الى شرع البيع ولا ينعقد بيع شي مما
يكون في البحر كالضفدع والسرطان الا السمك وما يجوز الانتفاع بجلده
او عظمه لانه مما يجوز الانتفاع به ولا بجلده ولا بعظمه لا يكون مالا فلا يكون
محلا للبيع وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سيل عن الضفدع يجعل
في دوا فنهى عنه وقال خبيثة من الخبايث وذكر ابو بكر الاسكاف انه لا يجوز
بيع النحل — وذكر في الفتاوى انه يجوز لان الناس ينتفعون به ولا ينعقد بيع النحل الا اذا
كان في كوارته عسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل وروى هشام

عن محمد انه يجوز بيعه مفردا من غير كوارة اذا كان مجموعا وهو قول الشافعي
لان النحل حيوان منتفع به فيجوز بيعه ولنا انه ليس بمنتفع به بنفسه فلم
يكن مالا بنفسه بل بما يحدث منه وهو معدوم حتى لو باعه مع الكوارة وفيها
عسل يجوز بيعه تبعا للعسل ويجوز ان لا يكون الشي محلا للبيع بنفسه
مفردا ويكون محلا له مع غيره كالشرب وانكر الكرخي هذا وقال انما يدخل
فيه تبعا اذا كان من حقوقه كما في الشرب مع الارض وهذا ليس من حقوقه
فلا يدخل وعلى هذا بيع دود القز لا ينعقد الا اذا كان معه قز وكذا وروي
محمد انه يجوز بيعه مفردا والحجة على نحو ما ذكرنا في النحل ولا ينعقد بيع
بزر الدود عند ابي حنيفة كما لا ينعقد بيع الدود وعندهما يجوز بيعه
ووجه الكلام على نحو ما ذكرنا في بيع النحل والدود ويجوز بيع السرقين
والبعرة لانه يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا ينعقد
بيع العذرة الخالصة لانه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالا الا اذا كان مخلوطا
بالتراب والتراب غالب فيجوز بيعه لانه يجوز الانتفاع به وروي عن
ابي حنيفة انه قال كل شي افسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا باس
ببيعه وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته كالفارة اذا وقعت
في العجين والسمن المايع وكذلك قال محمد في الزيت اذا وقع فيه ودك
الميتة انه ان كان الزيت غالبا يجوز بيعه وان كان الودك غالبا لا يجوز
بيعه لان الحلال اذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصباحا ودبغا
على ما ذكرناه في كتاب الطهارات فكان مالا فيجوز بيعه واذا كان الحرام
هو الغالب لم يجز الانتفاع به بوجه فلم يكن مالا فلا يجوز بيعه ويجوز
بيع الات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند ابي
حنيفة رحمه الله لكنه يكره وعند ابي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه
الاشيا لانها الات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون
اموالا فلا يجوز بيعها ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الانتفاع بها شرعا من
جهة اخرى بان تجعل ظروفا لاشيا ونحو ذلك من المصالح فلا تخرج عن كونها
اموالا وقولهما انها الات التلهي والفسق بها قلنا نعم لكن هذا لا يوجب
سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحيايه وماله وهذا
لانها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره على ماليتها لجهة اطلاق الانتفاع بها لا
لجهة الحرمة ولو كسرها انسان ضمن عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن وعلى

بيع السرقين

بيع العذرة

م وتبين ذلك صح

بيع آلات الملاهي

هذا

٩٢

هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج والصحيح قول ابي حنيفة لان كل واحد منهما
منتفع به شرعا من وجه اخر بان يجعل سنجات الميزان فكان مالا من هذا
الوجه فكان محلا للبيع مضمونا بالاتلاف ويجوز بيع ما سوى الخمر من الاشربة
المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف ونحوها عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد لا يجوز لانه اذا حرم شربها لم تكن مالا فلا تكون
محلا للبيع كالخمر ولان ما حرم شربه لا يجوز بيعه لما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها
وباعوها وان الله تعالى اذا حرم شيا حرم بيعه واكل ثمنه ولابي حنيفة
رحمه الله ان حرمة هذه الاشربة ما ثبتت بدليل متيقن به مقطوع به
لكونها محل الاجتهاد والمالية قبل حدوث الشدة كانت ثابتة بيقين
فلا تبطل بحرمة ثابتة بالاجتهاد فبقيت اموالا وبه تبين ان المراد
من الحديث محرم ثبتت حرمته بدليل مقطوع ولم يوجد ها هنا بخلاف
الخمر لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به فبطلت ماليتها والله اعلم
ولا ينعقد بيع الملاقيح والمضامين الذي ورد النهي عنه لان المضمون
ما في صلب الذكر والملقوح ما في رحم الانثى وذلك ليس بمال وعلى هذا ايضا
يخرج بيع عسب الفحل لان العسب هو الضراب وانه ليس بمال وقد يخرج
على هذا بيع الحبل انه لا ينعقد لان الحبل ليس بمال ولا ينعقد بيع لبن امراة
في قدح عندنا وقال الشافعي يجوز بيعه وجه قوله ان هذا مشروب
طاهر فيجوز بيعه كلبن البهايم والما ولنا ان اللبن ليس بمال فلا يجوز
بيعه والدليل على انه ليس بمال اجماع الصحابة والمعقول اما اجماع
الصحابة فما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما حكما في ولد المغرور
بالقيمة وبالعقر في مقابلة الوطي وما حكما بوجوب قيمة اللبن بالاستهلاك
ولو كان مالا لحكما لان المستحق يستحق بدل اتلاف ماله بالاجماع وكان
ايجاب الضمان بمقابلته اولى من ايجابه بمقابلة منافع البضع لانها ليست
بمال وكانت حاجة المستحق الى ضمان المال اولى وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما فكان اجماعا واما المعقول فهو انه لا يباح الانتفاع
به شرعا على الاطلاق بل لضرورة تغذية الاطفال وما كان حرام الانتفاع به
الا لضرورة لا يكون مالا كالخمر والخنزير والدليل عليه ان الناس لا يعدونه
مالا ولا يباع في سوق ما من الاسواق دل انه ليس بمال فلا يجوز بيعه ولانه

بيع الاشربة المحرمة

بيع لبن المراة

كذ

م اولى صح

شرعا صح

جزء من الادمي والادمي بجميع اجزائه محترم مكرم وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله
بالبيع والشراء ثم لا فرق بين لبن الحرة وبين لبن الامة في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه جزء من ادمي هو مال فكان محلا للبيع
كسائر اجزائه ولنا ان الادمي لم يجعل محلا للبيع الا بحلول الرق فيه والرق
لم يحل الا في الحي واللبن لا حياة فيه فلا يحله الرق فلا يكون محلا للبيع
سفل وعلو بين رجلين انهدما فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان الهوا
ليس بمال ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال في البيع بان جمع بين
حر وعبد او بين عصير وخمر او بين ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة
فان لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد العقد اصلا بالاجماع
وان بين فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في العصير والعبد والذكية
ويبطل في الحر والخمر والميتة ولو جمع بين قن ومدبر او ام ولد او مكاتب
او بين عبده وعبد غيره وباعهما صفقة واحدة جاز البيع في عبده بلا اختلاف
وجه قولهما ان الفساد بقدر المفسد لان الحكم ثبت بقدر العلة والمفسد
خص احدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة فلو جاء الفساد انما يجي من قبل
جهالة الثمن فاذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى
ايضا ولهذا جاز بيع القن اذا جمع بينه وبين المدبر او المكاتب او ام الولد
وباعهما صفقة واحدة لابي حنيفة ان الصفقة واحدة وقد فسدت
في احدهما فلا تصح في الاخر والدليل على ان الصفقة واحدة ان لفظ البيع
والشرا واحد لم يتكرر والبائع واحد والمشتري واحد وتفريق الثمن
وهو التسمية لكل واحد لا يمنع اتحاد الصفقة دل ان الصفقة واحدة وقد
فسدت في احدهما بيقين لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين
فلا يصح في الاخر لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ولهذا
لم يصح اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فكذا اذا سمى لان التسمية وتفريق
الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين بخلاف الجمع بين العبد
والمدبر لان هناك الصفقة ما فسدت في احدهما بيقين بل بالاجتهاد الذي
يحتمل الصواب والخطا فاعتبر هذا الاحتمال في تصحيح الاضافة الى المدبر
ليظهر في حق القن ان لم يمكن اظهاره في حقه ولانه لما جمع بينهما في الصفقة
فقد جعل قبول العقد في احدهما شرط القبول في الاخر بدليل انه لو قبل العقد
في احدهما دون الاخر لا يصح والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول في

الاخر

بيع العلو

الجمع بين المال وغير المال بيعا

الجمع بين ملكه وملك غيره بيعا

م منهما

٩٤

95

الاخر بخلاف المدبر لانه محل لقبول العقد فيه في الجملة فصح قبول العقد
فيه الا انه تعذر اظهاره بنوع اجتهاد فيجب اظهاره في القن ولان في تصحيح
العقد في احدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لانه اوجب البيع
فيهما فالقبول في احدهما يكون تفريقا وهذا لا يجوز بخلاف ما اذا جمع بين
القن والمدبر لان المدبر محل لقبول البيع فيه لكونه مملوكا له الا انه لم ينفذ
للحال مع احتمال النفاذ في الجملة بقضا القاضي لحق المدبر وهذا يمنع محلية
القبول في حق نفسه لا في صاحبه فيجعل محلا في حق صاحبه والدليل على
التفرقة بين الفصلين ان الحكم هاهنا يختلف بين ان يسمي لكل واحد منهما
ثمنا او لا يسمي وهناك لا يختلف دل ان الفرق بينهما لما ذكرنا وعلى هذا
الخلاف اذا جمع بين شاة ذكية وبين متروك التسمية عمدا ثم اذا جاز البيع
في احدهما هل يثبت الخيار فيه ان لم يعلم بالحرام يثبت لان الصفقة تفرقت
عليه وان علم لا لانه رضي بالتفرق ومنها ان يكون مملوكا لان البيع تمليك
فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلا في ارض مملوكة له والما الذي في
نهره او بيره لان الكلا وان كان في ارض مملوكة فهو مباح وكذا الما ما لم
يوجد الاحراز قال النبي صلى الله عليه وسلم الناس شركا في الثلاث
والشركة العامة هي الاباحة وسوا خرج الكلا بما السما من غير مونة او
ساق الما الى ارضه ولحقته مونة لان سوق الما اليه ليس باحراز فلم
يوجد سبب الملك فيه فبقي مباحا كما كان وكذلك بيع الكماة وبيع
صيد لم يوخذ في ارضه لا ينعقد لانه مباح غير مملوك لانعدام سبب
الملك فيه وكذا بيع الحطب والحشيش والصيود التي في البراري والصيد
الذي لم يصد في الهوا والسمك الذي لم يوخذ في الما وعلى هذا يخرج بيع
رباع مكة واجارتها انه لا يجوز عند ابي حنيفة وروي عنه انه يجوز وبه
اخذ الشافعي لعمومات البيع من غير فصل بين ارض الحرم وغيرها ولان الاصل
في الاراضي كلها ان تكون محلا للتمليك الا انه امتنع تملك بعضها شرعا لعارض
الوقف كالمساجد ونحوها ولم يوجد في الحرم فبقي محلا للتمليك ولنا
ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى
حرم مكة يوم خلقها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة
من نهار لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يحتش حشيشها
اخبر ان مكة حرام وهي اسم للبقعة والحرام لا يكون محلا للتمليك وروي عن عبد الله

حز

م عندهما

بلغ

بيع ما ليس بمملوك كالكلا

بيع ارض مكة

بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال مكة حرام وبيع رباعها حرام
وهذا نص في الباب ولان الله تعالى وضع للحرم حرمة وفضيلة ولذلك جعله
ما منا قال الله تعالى اولم يروا انا جعلنا حرما امنا وابتذاله بالبيع والشرا
والتمليك والتملك امتهان له وهذا لا يجوز بخلاف ساير الاراضي وقيل ان
بقعة مكة وقف حرم ابراهيم صلوات الله عليه ولا حجة في العمومات لانه خص
منها الحرم بالحديث المشهور ويجوز بيع بنا بيوت مكة لان الحرمة للبقعة
لا للبنا وروي عن ابي حنيفة انه قال اكره اجارة بيوت مكة من الحاج والمعتمر — م في الموسم ص
فاما من المقيم والمجاور فلا باس بذلك وهو قول محمد ويجوز بيع ارض — بيع ارض الخراج والاقطاع
الخراج ارض سواد العراق التي فتحها عمر رضي الله عنه لانه من عليهم واقرهم
علي اراضيهم وكانت مبقاة علي ملكهم فجاز لهم بيعها وارض القطيعة هي الارض — م والقطعة والمزارعة والاجارة والاكارة والمراد الخراج ص
التي اقطعها الامام لقوم وخصهم بها فملكوها بجعل الامام لهم فيجوز بيعها
وارض المزارعة ان يدفع الانسان ارضه الى من يزرعها ويقوم بها وبهذا لا
تخرج عن كونها مملوكة وارض الاجارة هي الارض التي ياخذها انسان من صاحبها
ليعمرها ويزرعها وارض الاكارة التي في ايدي الاكرة فيجوز بيع هذه الارض
لانها مملوكة لاصحابها واما ارض الموات التي احياها رجل بغير اذن الامام فلا
يجوز بيعها عند ابي حنيفة لانها لا تملك بدون اذن الامام وعندهما يجوز بيعها
لانها تملك بنفس الاحيا والمسلة تذكر في احيا الموات وذكر القدوري انه لا — م كتاب ص
يجوز بيع دور بغداد وحوانيت السوق التي للسلطان عليها غلة لانها
ليست بمملوكة لما روي ان المنصور اذن للناس في بنا بها ولم يجعل البقعة ملكا
لهم والله اعلم ومنها وهو شرط انعقاد البيع ان يكون مملوكا للبايع عند — اي من الشروط — م للبايع ص
البيع فان لم يكن لا ينعقد ولو ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه الا السلم
خاصة وهذا بيع ما ليس عنده ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما
ليس عند الانسان ورخص في السلم ولو باع المغصوب فضمنه المالك قيمته
نفذ بيعه لان سبب الملك قد تقدم فتبين انه باع ملك نفسه وها هنا تاخر
سبب الملك فيكون بايعا ما ليس عنده فيدخل تحت النهي والمراد منه بيع
ما ليس عنده ملكا لان قصة الحديث تدل عليه فانه روي ان حكيم بن حزام
كان يبيع الناس اشيا لا يملكها وياخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري
ويسلم اليهم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا تبع ما ليس عندك
ولان بيع ما ليس عنده بطريق الاصالة عن نفسه فاما ما يبيعه بطريق — م تمليك ما لا يملكه بطريق الاصالة وانه محال وهذا الشرط فيما يبيعه بطريق الاصالة ص

البناية

النيابة عن غيره ينظر ان كان البايع وكيلا او كفيلا فكون المبيع مملوكا للبايع ليس بشرط
وان كان فضوليا فليس بشرط للانعقاد عندنا بل هو من شرايط النفاذ فان بيع
الفضولي عندنا ينعقد موقوفا على اجازة المالك فان اجاز نفذ وان رد بطل
وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه وبيع الفضولي
باطل عنده وستاتي المسلة ان شا الله تعالى ومنها ان يكون مقدور التسليم — اي من الشروط
عند العقد فان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وان كان مملوكا له كبيع
الابق في جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج الى تجديد الايجاب
والقبول الا اذا تراضيا فيكون بيعا مبتدا بالتعاطي وان لم يتراضيا وامتنع
البايع من التسليم لا يجبر على التسليم ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر
على القبض وذكر الكرخي انه ينعقد بيع الابق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج
الى تجديد البيع الا اذا كان القاضي فسخه بان رافعه المشتري الى القاضي وطالبه
بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد وجه
قول الكرخي ان الاباق لا يوجب زوال الملك الا ترى انه لو اعتقه او دبره
ينفذ ولو وهبه من ولده الصغير يجوز فكان ملكا له فقد باع مالا مملوكا
له الا انه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم فاذا سلم زال المانع فينفذ وصار
كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب اذا باعه المالك لغيره انه ينعقد موقوفا
على التسليم لما قلنا لنا ان هذا وجه ظاهر الروايات ان القدرة على التسليم
لدى العقد شرط انعقاد العقد لانه لا ينعقد الا لفايدة ولا يفيد اذا لم يكن
قادرا على التسليم والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد وفي حصول
القدرة بعد ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل وما لم يكن منعقدا
بيقين لا ينعقد لفايدة تحتمل الوجود والعدم على الاصل المعهود ان ما لم يكن
ثابتا بيقين لا يثبت بالشك والاحتمال بخلاف ما اذا ابق بعد البيع قبل
القبض انه لا ينفسخ لان القدرة على التسليم كانت ثابتة لدى العقد فانعقد
ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين
والثابت بيقين لا يزول بالشك فهو الفرق بخلاف بيع المغصوب
من غير الغاصب انه ينعقد موقوفا على التسليم بقدرة السلطان والقاضي — م حتى لو سلم ينفذ ولان هناك المالك قادر على التسليم ص
وجماعة المسلمين الا انه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة
فاذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الابق لانه معجوز التسليم على الاطلاق
اذ لا يصل اليه يد احد لما لا يعرف مكانه فكان العجز متقررا والقدرة

محتملة موهومة فلا ينعقد مع الاحتمال فاشبه بيع الابق بيع الطير الذي لم
يوخذ في الهوا وبيع السمك الذي لم يوخذ في الما وذلك باطل كذا هذا
ولو جا انسان الي مولي العبد فقال ان عبدك عند فلان فبعه مني فانا
اقبضه منه فصدقه وباعه منه لا ينفذ لما فيه من عدم القدرة علي
التسليم لكنه ينعقد حتي لو قبضه ينفذ بخلاف الفصل المتقدم لان
القدرة علي القبض هاهنا ثابتة في زعم المشتري لان احتمال المنع قايم فانعقد
موقوفا علي قبضه فاذا قبضه تحقق ما زعمه فينفذ بخلاف الفصل الاول
لان العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد ولو اخذه رجل فجا الي
مولاه فاشتراه منه جاز الشرا لان المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد
في حقه وهذا البيع لا يدخل تحت النهي لان النهي عن بيع الابق وهذا
ليس بابق في حقه اذا اشتري منه لا يخلو اما ان احضر العبد مع نفسه م ثم م
واما ان لم يحضره فان احضره صار قابضا له عقيب العقد بلا فصل
وان لم يحضره مع نفسه ينظر ان كان اخذه ليرده علي صاحبه
واشهد علي ذلك لا يصير قابضا له ما لم يصل اليه لان قبضه قبض
امانة وقبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان فلا بد من التجديد بالوصول
اليه حتي لو هلك العبد قبل الوصول اليه يهلك علي البايع ويبطل العقد لانه
مبيع هلك قبل القبض واذا وصل اليه صار قابضا له بنفس الوصول اليه
ولا يشترط القبض بالبراجم لان معني القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع
الموانع عرفا وعادة وحقيقة وان كان اخذه لنفسه لا ليرده علي صاحبه
صار قابضا له عقيب العقد بلا فصل حتي لو هلك قبل الوصول اليه يهلك
علي المشتري لان قبضه قبض ضمان وقبض الشرا ايضا قبض الضمان
فتجانس القبضان فتساويا ولو كان اخذه ليرده ولكنه لم يشهد علي ذلك
فهو علي الاختلاف المعروف بين ابي حنيفة وصاحبيه عند ابي حنيفة
يصير قابضا له عند العقد لان هذا قبض ضمان عنده وعندهما لا يصير
قابضا الا بعد الوصول اليه لان هذا قبض امانة عندهما وهي من مسايل
كتاب الاباق وعلي هذا بيع الطاير الذي كان في يده فطار انه لا ينعقد م واللقطة م
في ظاهر الرواية وعلي قياس ما ذكره الشافعي ينعقد وعلي هذا بيع السمكة
التي اخذها ثم القاها في حظيرة سوا استطاع الخروج عنها او لا بعد ان
كان لا يمكنه اخذها بدون الاصطياد وان كان يمكنه اخذها من غير

اصطياد

97

اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف لانه مقدور التسليم لدا البيع والله اعلم وعلي هذا
ايضا يخرج اللبن في الضرع لان اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيا
فشيا فيختلط المبيع بغيره علي وجه يتعذر التمييز بينهما فكان المبيع معجوز
التسليم عند البيع فلا ينعقد وكذا بيع الصوف علي ظهر الغنم في ظاهر الرواية
لانه ينمي ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده علي
وجه لا يمكن التمييز بينهما فصار معجوز التسليم بالجز والنتف استخراج اصله
وهو غير مستحق بالعقد وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلي الله
عليه وسلم انه نهي عن بيع الصوف علي ظهر الغنم وروي عن ابي يوسف انه
جوز بيعه والصلح عليه لانه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل
في الارض ووجه الفرق بين الصوف والقصيل لظاهر الرواية ان
الصوف لا يمكن جزه من اصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل
بيع الدين ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين لان الدين اما ان يكون عبارة عن
مال حكمي في الذمة واما ان يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه وكل
ذلك غير مقدور التسليم في حق البايع ولو شرط التسليم علي المديون
لا يصح ايضا لانه شرط التسليم علي غير البايع فيكون شرطا فاسدا
فيفسد البيع ويجوز بيعه ممن عليه لان المانع هو العجز عن التسليم ولا
حاجة الي التسليم هاهنا ونظيره بيع المغصوب انه يصح من الغاصب
ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكرا ولا بينة للمالك ولا يجوز في
المسلم لان المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وهل يجوز بيع
الجمد فنقول لا خلاف في انه اذا سلم الجمد اولا الي المشتري انه يجوز
بيع الجمد اما اذا باع ثم سلم قال بعض مشايخنا لا يجوز لانه الي ان يسلم يذوب
بعضه فلا يقدر علي تسليم جميعه الي المشتري وقال بعضهم يجوز وقال
الفقيه ابو جعفر الهندواني اذا باعه وسلم من يومه ذلك يجوز وان
سلمه بعد ايام لا يجوز وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه في اليوم لا ينقص
بيع الفضولي نقصانا له حصة من الثمن واما الذي يرجع الي النفاذ فنوعان احدهما
الملك او الولاية اما الملك فهو ان يكون المبيع مملوكا للبايع فلا ينفذ بيع
الفضولي لانعدام الملك والولاية لكنه يتوقف علي اجازة المالك وعند
الشافعي هو شرط الانعقاد ايضا حتي لا ينعقد بدونه واصل هذا ان تصرفات
الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة علي اجازة المجيز من

البيع والاجارة والنكاح والطلاق ونحوها فان اجاز فينفذ والا فيبطل وعند
الشافعي تصرفاته باطلة وجه قول الشافعي ان صحة التصرفات الشرعية
بالملك او بالولاية ولم يوجد احدهما فلا يصح وهذا لان صحة التصرف
الشرعي هو اعتباره في الحكم الذي وضع له شرعا يعقد وليس للصحة معني م حقوم
سوا هذا فاما الكلام الذي لا حكم له لا يكون صحيحا شرعا والحكم الذي
وضع له البيع شرعا هو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه وهو
الملك او الولاية فلم يصح ولهذا لم يصح شراوه فكذا بيعه ولنا عمومات
البيع من نحو قوله تعالي يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل م واحل الله البيع وقوله
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا م
في الارض وابتغوا من فضل الله شرع البيع والتجارة وابتغا الفضل من غير
فصل بينما اذا وجد من المالك بطريق الاصالة وبينما اذا وجد من الوكيل
في الابتدا وبينما اذا وجدت الاجازة من المالك في الانتها وبين وجود
الرضا في التجارة عند العقد او بعده فيجب العمل باطلاقها الا ما خص
بدليل وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الي حكيم بن
حزام رضي الله عنه وامره ان يشتري له اضحية فاشتري شاتين ثم
باع احداهما بدينار فجا بدينار وشاة الي رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدعا له بالبركة وقال بارك الله في صفقة يمينك ومعلوم انه لم يكن
حكيم مامورا ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له
رسول الله صلي الله عليه وسلم بالخير والبركة علي ما فعل ولا نكر عليه لان
الباطل ينكر ولان تصرف العاقل محمول علي الوجه الاحسن ما امكن
وقد امكن حمله علي الاحسن ها هنا وهو قصد البر به والاحسان اليه
بالاعانة علي ما هو خير للمالك في زعمه لعلمه بحاجته الي ذلك لكن لم
يتبين الي هذه الحالة لموانع وقد يغلب علي ظنه زوال المانع فاقدم عليه نظرا
لصديقه واحسانا اليه والثنا بتحمل مونة مباشرة التصرف الذي م لبيان المحمد م
هو محتاج اليه والثواب من الله تعالي بالاعانة علي البر والاحسان اليه
قال الله تعالي وتعاونوا علي البر والتقوي وقال واحسنوا ان الله يحب
المحسنين الا ان في هذه التصرفات ضررا في الجملة لان للناس رغايب
في الاعيان وقد يقدم الرجل علي شي ظهرت له الحاجة عنه بازالته عن ملكه
بحصول غرضه بدون ذلك ونحو ذلك فتوقف علي اجازة المالك حتي لو كان

الامر

98

الامر علي ما ظنه مباشرة التصرف اجازه وحصل له النفع من جهته فينال الثواب
والثنا والا فلا يجيزه ويثني عليه بقصد الاحسان وايصال النفع اليه فلا يجوز
القول باهدار هذا التصرف والحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم
مع ندب الله تعالي الي ذلك وحثه عليه بما تلونا من الايات قوله صحة التصرف
عبارة عن اعتباره في حق الحكم قلنا نعم وعندنا هذا التصرف مفيد في الجملة
وهو ثبوت الملك فيما يتضرر المالك بزواله موقوفا علي الاجارة اما من كل
وجه او من وجه لكن لا يظهر شي من ذلك عند العقد وانما يظهر عند
الاجازة وهو تفسير التوقف عندنا ان يتوقف في الجواب في الحال انه صحيح
في حق الحكم ام لا ولا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند
الاجازة وهذا جايز وله نظاير في الشرع وهو البيع بشرط الخيار للبايع او
للمشتري علي ما عرف واما شرا الفضولي ففيه تفصيل نذكره في موضعه
ان شا الله تعالي ثم الاجازة انما تلحق تصرف الفضولي عندنا بشرايط
منها ان يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه
الاجازة لان ما له مجيز يتصور منه الاذن للحال ليبعد عند الاذن القايم م وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد للحال م
مفيدا فينعقد وما لا مجيز له لا يتصور الاذن به للحال والاذن في المستقبل
قد يحدث وقد لا يحدث فان حدث كان الانعقاد مفيدا وان لم يحدث
لم يكن مفيدا فلا ينعقد مع الشك في حصول الفايدة علي الاصل المعهود
ان ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك واذا لم ينعقد لا تلحقه الاجازة
لان الاجازة للمنعقد وعلي هذا تخرج ما اذا طلق الفضولي امراة البالغ او ظ طلاق الفضولي
اعتق عبده او وهب ماله او تصدق به انه ينعقد موقوفا علي الاجازة لان
البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وجودها فيتوقف
علي اجازة المالك وبمثله لو فعل ذلك علي الصبي لا ينعقد لان الصبي
ليس من اهل التصرفات بنفسه الا تري لو فعل ذلك بنفسه لا ينعقد ء هذه م
فلم يكن لها مجيز حالة وجودها فلم ينعقد وكذلك الصبي المحجور اذا باع
مال نفسه او اشتري او تزوج امراة او زوج امته او كاتب عبده او فعل
بنفسه ما لو فعله عليه وليه لجاز عليه يتوقف علي اجازة وليه ما دام م
صغيرا وعلي اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يوجد من وليه في حال
صغره حتي لو بلغ الصبي قبل اجازة الولي فاجاز بنفسه جاز ولا يتوقف
علي نفس البلوغ من غير اجازة لان هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها

الا ترى لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الاجازة وانما يتوقف على اجازته بنفسه
ايضا بعد البلوغ كما يتوقف على اجازة وليه في حال صغره لانه لما بلغ فقد ملك
الانشا فاولى ان يملك الاجازة ولان ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه
في حال صغره فلما جاز باجازة وليه فلان يجوز باجازة نفسه اولى ولا يجوز
بمجرد البلوغ لان الاجازة لها حكم الانشا من وجه وانه فعل فاعل مختار
والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل اجازة وكذلك اذا وكل الصبي وكيلا بهذه
التصرفات ففعل الوكيل قبل بلوغ الصبي او بعده يتوقف على اجازته بعد
البلوغ الا التوكيل بالشرا فانه لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل لان الشرا
وجد نفاذا على الوكيل فلا يتوقف الا اذا بلغ الصبي قبل ان يشتري
الوكيل فاجاز التوكيل ثم اشترى الوكيل بعد ذلك فيكون الشرا للصبي لا
للوكيل لان اجازة الوكالة منه بعد البلوغ بمنزلة انشا التوكيل ولو وكله
ابتدا لكان الشرا له لا للوكيل كذا هذا وبمثله اذا طلق الصبي امراته او
خلعها او اعتق عبده على غير مال او على مال او وهب ماله او تصدق به او
زوج عبده امراة او باع ماله محاباة او اشترى شيا باكثر من قيمته قدر ما
يتغابن الناس في مثله عادة او غير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه في
حال صغره لا يجوز عليه لا ينعقد حتى لو اجاز وليه او الصبي بعد البلوغ لا يجوز
لان هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها فلا يحتمل التوقف على
الاجازة الا اذا اجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للانشا بان يقول بعد
البلوغ اوقعت ذلك الطلاق او ذلك العتاق فيجوز ويكون ذلك انشا
لا اجازة ولو وكل الصبي وكيلا بهذه التصرفات ففعل الوكيل ينظر ان فعل
قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل لان فعل الوكيل كفعل الموكل ولو فعل
الصبي بنفسه لا يتوقف فكذا اذا فعل الوكيل وان فعل بعد البلوغ يتوقف
على اجازته بمنزلة الفضولي عن البالغ وان بلغ الصبي فاجاز التوكيل بعد
البلوغ قبل ان يفعل الوكيل شيا ثم فعل جاز لان اجازة التوكيل منه بمنزلة
انشائه وكذا وصية الصبي لا تنعقد لانها تصرف لا مجيز له حال وجوده
الا ترى لو فعل الولي لا تجوز عليه فلا تتوقف وسوا اطلق الوصية او
اضافها الى حال البلوغ لما قلنا حتى لو اوصى ثم مات قبل البلوغ او بعده لا
تجوز وصيته الا اذا بلغ فاجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز لان
الاجازة منه بمنزلة انشا الوصية ولو انشا الوصية بعد البلوغ صح كذا هذا

وعلى هذا تصرف المكاتب والعبد الماذون ان ما له مجيز حال وجوده يتوقف
على اجازة المولى وما لا مجيز له حال وجوده يبطل ولا يتوقف لما ذكرنا من الفقه
الا ان بين المكاتب والعبد الماذون والصبي فرقا من وجه وهو ان المكاتب
او الماذون اذا فعل ما يتوقف على الاجازة بان زوج نفسه امراة ثم عتق ينفذ
بنفس الاعتاق وفي الصبي لا ينفذ بنفس البلوغ ما لم توجد الاجازة ووجه
الفرق ان العبد بعد الاذن يتصرف بمالكية نفسه على ما عرف فكان
ينبغي ان ينفذ للحال الا انه يوقف لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فينفذ
بخلاف الصبي فان في اهليته قصورا لقصور عقله فانعقد موقوفا على الاجا زة
والبلوغ ليس باجازة على ما مر والله اعلم واما حكم شرا الفضولي فجملة — شرا الفضولي
الكلام فيه ان الفضولي اذا اشترى شيا لغيره فلا يخلو اما ان اضاف العقد
الى نفسه واما ان اضافه الى الذي اشترى له فان اضافه الى نفسه كان المشتري
له سوا وجدت الاجازة من الذي اشترى له او لم توجد لان الشرا اذا وجد
نفاذا على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لان الاصل ان يكون تصرف الانسان لنفسه
لا لغيره قال الله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت وقال تعالى وان ليس
للانسان الا ما سعى وشرا الفضولي كسبه حقيقة فالاصل ان يكون له الا
اذا جعله لغيره لعدم الاهلية فيتوقف على اجازة الذي اشترى له بان كان — او لم يجد نفاذا عليه صح
الفضولي صبيا محجورا او عبدا محجورا فاشترى لغيره يتوقف على اجازة
ذلك الغير لان الشرا لم يجد نفاذا عليه فيتوقف على اجازة الذي اشترى له
ضرورة فاذا اجاز نفذ وكانت العهدة عليه لا عليهما لانهما ليسا من اهل لزوم
العهدة فان اضاف العقد الى الذي اشترى له بان قال الفضولي للبائع بع
عبدك هذا من فلان بكذا فقال بعت وقبل الفضولي البيع فيه لاجل فلان
او قال البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل المشتري المشترى منه
لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة المشترى له لان تصرف الانسان وان
كان له على اعتبار الاصل الا ان له ان يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وهاهنا
جعله لغيره فينعقد موقوفا على اجازته ولو قال الفضولي للبائع اشتريت منك
هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال بعت او قال البائع للفضولي بعت منك هذا
العبد بكذا لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف وينفذ الشرا عليه لانه لم
توجد الاضافة الى فلان في الايجاب والقبول وانما وجد في احدهما واحدهما
شطر العقد فلا يتوقف لما ذكرنا ان الاصل ان لا يتوقف وانما يتوقف لضرورة

الاضافة من الجانبين فاذا لم يوجد يجب العمل بالاصل وهذا بخلاف الوكيل بالشرا
انه اذا اشترى شيا يقع شراوه للموكل وان اضاف العقد لنفسه لا الي الموكل
لانه لما امره بالشرا فقد انابه مناب نفسه فكان تصرف الوكيل كتصرفه
بنفسه ولو اشترى بنفسه كان المشتري له كذا هذا والله اعلم ولو اشترى
الفضولي شيا لغيره ولم يضف المشترا الي غيره حتى كان الشرا له فظن
المشتري والمشترا له ان المشترا يكون للمشترا له فسلم اليه بعد القبض بالثمن
الذي اشتراه وقبل المشتري له صح ذلك ويجعل ذلك تولية كانه ولاه
منه بما اشترا ولو علم المشتري بعد ذلك ان الشرا نفذ عليه والمشتري
له قد اراد ان يسترد من صاحبه بغير رضاه لم يكن له ذلك لان منه قد صحت م التولية م
فلا يملك الرجوع كمن اشترى منقولا فطلب جاره الشفعة فظن المشتري
ان له شفعة فسلم اليه ثم اراد احدهما ان ينقض ذلك من غير رضى الاخر
لم يكن له ذلك لانه لما سلم اليه صار ذلك بيعا بينهما ولو اختلفا فقال
المشتري له كنت امرتك بالشرا وقال المشتري اشتريته لك بغير امرك
فالقول قول المشترا له لان المشتري لما قال اشتريته لك كان ذلك اقرارا
منه بانه اشتراه بامره لان الشرا له لا يكون الا بامره عادة وكان القول
قوله ثم ان اخذه بقضا القاضي لا يحل له ذلك الا اذا كان صادقا في كلامه
فيما بينه وبين الله تعالى وان اخذه بغير قضا طاب له لانه اخذه برضاه
وصار ذلك بيعا بينهما بتراضيهما والله اعلم ومنها قيام البايع والمشتري اي من شرايط الاجازة
حتى لو هلك احدهما قبل الاجازة لا يجوز باجازة ورثته ومنها قيام م م من مالك لا تلحقه الاجازة ومنها قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل اجازته م
المبيع حتى لو هلك قبل اجازة المالك لا يجوز باجازة المالك غير انه ان
هلك في يد المالك يهلك بغير شي وان هلك بعد التسليم الي المشتري
فالمالك بالخيار ان شا ضمن البايع وان شا ضمن المشتري لوجود سبب
وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم من البايع والقبض من المشتري
لان تسليم مال الغير وقبضه بغير اذن صاحبه كل واحد منهما سبب
لوجوب الضمان وايهما اختار تضمينه برئ الاخر ولا سبيل له عليه
بحال لانه لما ضمن احدهما فقد ملكه المضمون فلا يملك تمليكه من غيره
لما فيه من الاستحالة وهو تمليك شي واحد في زمان واحد من اثنين على الكمال
فان اختار تضمين المشتري رجع المشتري بالثمن على البايع وبطل البيع
وليس له ان يرجع عليه بما ضمن كما في المشتري من الغاصب وان اختار تضمين

البايع

البايع ذكر الطحاوي انه ينظر ان كان قبض البايع قبض ضمان بان كان مغصوبا
في يده نفذ بيعه لانه لما ضمنه فقد ملك المغصوب من وقت الغصب فتبين
انه باع مال نفسه فينفذ وان كان قبضه قبض امانة بان كان وديعة
عنده فباعه وسلمه الي المشتري لا ينفذ بيعه لان الضمان انما وجب عليه بسبب
متاخر عن البيع وهو التسليم فيملك المضمون من ذلك الوقت لا من وقت
البيع فيكون بايعا مال غيره بغير اذنه فلا ينفذ وذكر محمد رحمه الله في ظاهر
الرواية وقال يجوز البيع بتضمين البايع قيل هذا محمول على ما اذا سلمه
البايع اولا ثم باعه لانه اذا سلمه اولا فقد صار مضمونا عليه بالتسليم فتقدم
سبب الضمان البيع فتبين انه باع مال نفسه فينفذ ثم انما كان قيام الاربعة
التي ذكرنا شرطا للحوق الاجازة لان الاجازة انما تلحق القايم وقيام العقد بهذه
الاربعة ولان الاجازة لها حكم الانشا من وجه ولا يتحقق الانشا بدون العاقد ين
والمعقود عليه لذلك كان قيامها شرطا للحوق الاجازة فان وجد صحت
الاجازة وصار البايع بمنزلة الوكيل اذ الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
السابقة ويكون الثمن للمالك ان كان قايما لانه بدل ملكه وان هلك في
يد البايع يهلك امانة كما اذا كان وكيلا في الابتدا وهلك الثمن في يده ولو
فسخه البايع قبل الاجازة انفسخ واسترد المبيع ان كان قد سلم ويرجع
المشتري بالثمن على البايع ان كان قد نقده وكذا اذا فسخه المشتري
ينفسخ وكذا اذا فسخه الفضولي فمحمد رحمه الله يحتاج الى الفرق بين البيع
والنكاح فان الفضولي من جانب الرجل في باب النكاح اذا زوجت المراة
نفسها لا يملك الفسخ عنده ووجه الفرق ان البيع الموقوف لو اتصلت
به الاجازة فالحقوق ترجع الى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه
فله ذلك بخلاف النكاح لان الحقوق في باب النكاح لا ترجع الي العاقد لانه هو
سفير ومعبر فاذا فرغ عن السفارة والعبارة التحق بالاجانب واما قيام م
الثمن في يد البايع هل هو شرط لصحة الاجازة ام لا فالامر لا يخلو اما ان كان
الثمن دينا كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة والمكيل الموصوف والموزون ن
الموصوف في الذمة واما ان كان عينا كالعروض فان كان دينا فقيامه
في يد البايع ليس بشرط للحوق الاجازة لان الدين لا يتعين بالتعيين فكان
قيامه بقيام الذمة وان كان عينا فقيامه شرط للحوق الاجازة فصار الحاصل
ان قيام الاربعة شرط صحة الاجازة اذا كان الثمن دينا فان كان عينا فقيام

الخمس شرط فان وجدت الاجازة عند قيام الخمس جاز ويكون الثمن للبايع لا للمالك
لان الثمن اذا كان عينا كان البايع مشتريا من وجه والشرا لا يتوقف علي الاجازة
بل ينفذ علي المشتري اذا وجد نفاذا عليه بان كان اهلا وهو اهل والمالك
يرجع عليه بقيمة ماله ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه عقد لنفسه
ونقد الثمن من مال غيره فيوقف النقد علي الاجازة فاذا اجازه مالكه نفذ
النقد ويرجع عليه بمثله او بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن دينا لانه اذا كان
دينا كان العاقد بايعا من كل وجه ولا يكون مشتريا لنفسه اصلا فيتوقف علي
اجازة المالك فاذا اجاز كان مجيزا للعقد فكان بدله له ولو هلك العين
في يد الفضولي بطل العقد ولا تلحقه الاجازة ويرد المبيع علي صاحبه ويضمن
للمشتري مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه قبضه بعقد فاسد
ولو تصرف الفضولي في العين قبل الاجازة ينظر ان تصرف فيه قبل القبض
فتصرفه باطل لان الملك في العقد الفاسد يقف علي القبض وان تصرف
فيه بعد ما قبض باذن المشتري صريحا او دلالة يصح تصرفه لانه تصرف
في ملك نفسه وعليه مثله او قيمته لان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون به
ولا تلحقه الاجازة لانه هلك بجواز تصرفه فيه فلا يحتمل الاجازة بعد ذلك
ولو تصرف المشتري في المبيع قبل الاجازة لا يجوز تصرفه سوا كان قبض
المبيع او لم يقبضه لعدم اذن مالكه والله اعلم واما الولاية فالولاية
في الاصل نوعان نوع يثبت بتولية المالك ونوع يثبت شرعا لا بتولية
المالك اما الاول فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وان لم يكن المحل
مملوكا له لوجود الولاية المستفادة من الموكل واما الثاني فهو ولاية
الاب والجد اب الاب والوصي والقاضي وهو نوعان ايضا وهو ولاية
النكاح فموضع بيانها كتاب النكاح واما ولاية غيره من المعاملات فالكلام
فيه في مواضع في بيان سبب هذه الولاية وفي بيان شرايطها وفي بيان
ترتيب الولاية اما الاول فسبب هذا النوع من الولاية في التحقيق شيان
احدهما الابوة والثاني القضا لان الجد من قبل الاب اب لكن بواسطة
ووصي الاب والجد استفاد الولاية منهما فكان ذلك ولاية الابوة من
حيث المعني ووصي القاضي يستفيد الولاية من القاضي فكان ذلك ولاية
القضا معني اما الابوة فلانها داعية الي كمال النظر في حق الصغير لوفور
شفقة الاب وهو قادر علي ذلك لكمال رايه وعقله والصغير عاجز عن

ثم وولاية غيره من التصرفات اما ولاية النكاح م

النظر

١٥١

النظر لنفسه بنفسه وثبوت ولاية النظر للقادر علي العاجز عن النظر امر
معقول ومشروع لانه من باب الاعانة علي البر ومن باب الاحسان ومن
باب اعانة الضعيف واعانة اللهفان وكل ذلك حسن عقلا وشرعا
ولان ذلك من باب شكر النعمة وهي نعمة القدرة اذ شكر كل نعمة علي حسب
النعمة فشكر نعمة القدرة معونة العاجز وشكر النعمة واجب عقلا
وشرعا فضلا عن الجواز ووصي الاب قايم مقامه لانه وصيه ومختاره
فالظاهر انه ما اختاره من بين ساير الناس الا لعلمه بان شفقته علي
ورثته مثل شفقته عليهم لولا ذلك لما ارتضاه فكان الوصي خلفا عن الاب
وخلف الشي قايم مقامه كانه هو واما الجد فله كمال الراي ووفور الشفقة
الا ان شفقته دون شفقة الاب فلا جرم تاخرت ولايته عن ولاية الاب
وولاية وصيه ووصي وصيه ايضا لان تلك ولاية الاب من حيث المعني
علي ما ذكرنا ووصي الجد قايم مقامه لانه استفاد الولاية من جهته وكذا
وصي وصيه واما القضا فلان القاضي لاختصاصه بكمال العلم والعقل
والورع والتقوي والخصال الحميدة اشفق الناس علي اليتامي فصلح وليا
وقد قال صلي الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له الا ان شفقته دون
شفقة الاب والجد لان شفقتهما تنشا عن القرابة وشفقته لا وكذا وصيه
فتاخرت ولايته عن ولايتهما **فصل** واما شرايطها فانواع بعضها
يرجع الي الولي وبعضها يرجع الي المولي عليه وبعضها يرجع الي المولي فيه اما
الذي يرجع الي الولي فاشيا منها ان يكون حرا فلا تثبت ولاية العبد
لقوله تعالي ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر علي شي ولانه لا ولاية له علي
نفسه فكيف تثبت له الولاية علي غيره ومنها ان يكون عاقلا فلا ولاية
للمجنون لما قلنا ومنها اسلام الولي اذا كان المولي عليه مسلما فان كان
كافرا لا تثبت له عليه الولاية لقوله تعالي ولن يجعل الله للكافرين علي المومنين
سبيلا ولان تنفيذ الولاية للكافر علي المسلم يشعر بالذل به وهذا لا يجوز
واما الذي يرجع الي المولي عليه فالصغير فلا تثبت الولاية علي الكبير لانه
يقدر علي دفع حاجته بنفسه فلا حاجة الي اثبات الولاية عليه لغيره
وهذا لان الولاية علي الحر تثبت مع قيام المنافي للضرورة ولا ضرورة حالة
القدرة فلا تثبت واما الذي يرجع الي المولي فيه فهو ان لا يكون من التصرفات
الضارة بالمولي عليه لقوله صلي الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار في الاسلام

بلغ

وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا فليس منا والاضرار بالصغير ليس من الرحمة في شي فليس للاب ان يهب مال الصغير من غيره بغير عوض لانه ازالة ملكه من غير عوض فكان ضررا محضا وكذا ليس له ان يهب بعوض عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له ذلك وجه قوله ان الهبة بعوض معاوضة المال بالمال فكان في معنى البيع فملكها كما يملك البيع ولهما انها هبة ابتدا بدليل ان الملك فيها يقف على القبض وذلك من احكام الهبة وانما تصير معاوضة في الانتها وهو لا يملك الهبة فلم تنعقد هبة فلا يتصور ان تصير معاوضة بخلاف البيع لانه معاوضة ابتدا وانتها وهو يملك المعاوضة وليس له ان يتصدق بماله ولا ان يوصي به لان التصدق والوصية ازالة الملك من غير عوض مالي فكان ضررا فلا يملكه وليس له ان يطلق امراته لان الطلاق من التصرفات الضارة المحضة وليس له ان يعتق عبده سوا كان بغير عوض او بعوض اما بغير عوض فلانه ضرر محض وكذا بعوض لانه لا يقابله العوض للحال لان العتق معلق بنفس القبول واذا عتق بنفس القبول يبقى الدين في ذمة المفلس وقد يحصل وقد لا يحصل فكان الاعتاق ضررا محضا للحال وكذا ليس له ان يقرض ماله لان القرض ازالة الملك من غير عوض للحال وهو معنى قولهم القرض تبرع وهو لا يملك ساير التبرعات كذا هذا بخلاف القاضي فانه يقرض مال اليتيم ووجه الفرق ان الاقراض من القاضي من باب حفظ الدين لان توا الدين بالافلاس او بالانكار والظاهر ان القاضي يختار املا الناس واوثقهم وله ولاية الفحص عن احوالهم فيختار من لا يتحقق افلاسه ظاهرا وغالبا وكذا القاضي يقضي بعلم نفسه فلا يتحقق التوى بالانكار وليس لغير القاضي هذه الولاية فبقي الاقراض منه ازالة الملك من غير ان يقابله عوض للحال فكان ضررا فلا يملكه وله ان يدين مال(ه) من غيره وصورة الاستدانة ان يطلب انسان من غير الاب او الوصي ان يبيعه شيا من اموال الصغير بمثل قيمته حتى يجعل اصل الشي ملكه وثمن المبيع دينا عليه ليرده فان باعه منه بزيادة على قيمته فهو عينة وانما ملك الادانة ولم يملك القرض لان الادانة بيع ماله بمثل قيمته وليس له ان يزوج عبده لانه يتعلق المهر برقبته وفيه ضرر وليس له ان يبيع ماله باقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ولو اشترى ينفذ عليه باع لا ينفذ بيعه لانه ضرر في حقه وكذا ليس له ان يواجر نفسه او ماله باقل من اجر المثل قدر

تصرف الاب في مال الصغير

ما لا يتغابن الناس فيه عادة وليس له ان يشتري بماله شيا باكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ولو اشترى ينفذ عليه ويكون المشترى له لان الشرا وجد نفاذا على المشتري وله ان يقبل الهبة والصدقة والوصية لان ذلك نفع محض فيملكه الولي وقال صلى الله عليه وسلم خير الناس من ينفع الناس وهذا يجري مجرى الحث على النفع والحث على النفع ممن لا يملك النفع عبث وله ان يزوج امته لانه نفع وله ان يبيع ماله باكثر من قيمته ويشتري له شيا باقل من قيمته لما قلنا وله ان يبيعه بمثل قيمته وباقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادة وله ان يشتري له شيا بمثل قيمته وباكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وكذا له ان يواجر نفسه وماله باكثر من اجر مثله او باجر مثله او باقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وكذا له ان يستاجر له شيا باقل من اجر المثل او باجر المثل او باكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة ولو اجر نفسه او ماله ثم بلغ الصبي في المدة فله الخيار في اجارة النفس ان شا مضى عليها وان شا ابطلها ولا خيار له في اجارة المال ووجه الفرق ان اجارة مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر فيقوم الاب فيه مقامه فلا يثبت له خيار الابطال بالبلوغ فاما اجارة نفسه فتصرف على نفسه بالاضرار وكان ينبغي ان لا يملكه الاب الا انه ملكها من حيث انها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتاديب له والاب يلي تاديب الصغير فوليها على انها تاديب فاذا بلغ فقد انقطعت ولاية التاديب فهو الفرق وله ان يسافر بماله وله ان يدفع ماله مضاربة وله ان يبضع وله ان يوكل بالبيع والشرا والاجارة والاستيجار لان هذه الاشيا من توابع التجارة فكل من ملك التجارة ملك ما هو من توابعها ولهذا ملكها الماذون وله ان يعير ماله استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان ضررا وجه الاستحسان ان هذا من توابع التجارة وضروراتها فيملك بملك التجارة ولهذا ملكها الماذون وله ان يودع ماله لان الايداع من ضرورات التجارة وله ان ياذن له بالتجارة عندنا اذا كان يعقل البيع والشرا لان الاذن بالتجارة دون التجارة فاذا ملك التجارة بنفسه فلان يملك الاذن بالتجارة اولى وله ان يكاتب عبده لان المكاتبة عقد معاوضة فكان في معنى البيع وله ان يرهن ماله بدينه لان الرهن من توابع التجارة لان التاجر يحتاج اليه ولانه قضا الدين وهو يملك قضا دينه من ماله فيملك الرهن بدينه

ايضا وله ان يرهن ماله بدين نفسه ايضا لان عين المرهون في يد المرتهن الا
انه اذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤديا من ذلك دين نفسه وله ان يجعل ماله
مضاربة عند نفسه وينبغي ان يشهد على ذلك في الابتدا ولو لم يشهد يحل
له الربح فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه وكذلك اذا شارك
وراس ماله اقل من مال الصغير فان اشهد فالربح على ما شرط وان لم يشهد
يحل فيما بينه وبين الله تعالى لكن القاضي لا يصدقه ويجعل الربح على قدر راس
مالهما وما عرفت من الجواب في الاب فهو الجواب في وصيه حال عدمه وفي
الجد ووصيه حال عدمه الا ان بين الاب ووصيه وبين الجد ووصيه فرقا
من وجوه مخصوصة منها ان الاب او الجد اذا اشترى مال الصغير لنفسه
او باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته او باقل جاز ولو فعل الوصي ذلك لا
يجوز عند محمد اصلا وعند ابي حنيفة وابي يوسف ان كان خيرا لليتيم جاز
والا فلا ومنها ان لهما ولاية الاقتصاص لاجل الصغير في النفس وما دونها
وللوصي ولاية الاقتصاص فيما دون النفس وليس له ولاية الاقتصاص في
النفس ومنها ان له ولاية الصلح في النفس وما دونها على قدر الدية
من غير حط بلا خلاف وليس لهما ولاية العفو وفي جواز الصلح من الوصي
روايتان وقد ذكرنا الوجه في ذلك في كتاب الصلح ثم ولي اليتيم هل ياكل
من مال اليتيم فنقول لا خلاف في انه اذا كان غنيا لا ياكل لقوله تعالى
ومن كان غنيا فليستعفف فاما اذا كان فقيرا فهل له ان ياكل على سبيل الاباحة
او ليس له ان ياكل الا قرضا اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم روي عن عبد الله
بن عباس رضي الله عنهما ان له ان ياكل على سبيل الاباحة لكن بالمعروف
من غير اسراف وهو قول عايشة رضي الله عنها وروي عن عمر رضي الله عنه
انه ياكل قرضا فاذا ايسر قضى وهو احدى الروايتين عن ابن عباس احتج
هولا بقوله تعالى فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم امر بالاشهاد
على الايتام عند دفع المال اليهم ولو كان المال في ايدي الاوليا بطريق الامانة
لكان لا حاجة الى الاشهاد لان القول قول الولي اذا ادعى دفع المال الى اليتيم
عند انكاره وانما الحاجة الى الاشهاد عند الاخذ قرضا ليا كل منه لان في قضا
الدين القول قول صاحب الدين لا قول من يقضي الدين وعن سعيد بن
جبير انه فسر قوله تعالى ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف قال قرضا واحتج
الاولون بظاهر قوله تعالى ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف فاطلق الله تعالى

لولي اليتيم ان ياكل مال اليتيم بالمعروف وهو الوسط من غير اسراف وروي
ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لي مال ولي يتيم فقال
كل من مال يتيمك غير مسرف ولا متاثل مالك بماله وذكر محمد رحمه الله
في الموطا ان الافضل هو الاستعفاف عن ماله لما روي ان رجلا اتى عبد الله
بن مسعود فقال له انا وصي الى يتيم فقال عبد الله لا تشتري من ماله شيا ولا
تستقرض من ماله شيا والله اعلم **فصل** واما ترتيب الولاية فاولى
الاوليا الاب ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصي
القاضي وانما تثبت الولاية على هذا الترتيب لان الولاية على الصغار باعتبار
النظر لهم لعجزهم عن التصرف بانفسهم والنظر على هذا الترتيب لان ذلك
مبني على الشفقة وشفقة الاب فوق شفقة الكل وشفقة وصيه فوق
شفقة الجد لانه مرضي الاب ومختاره فكان خلفا عن الاب في الشفقة وخلف
الشي قايم مقامه كانه هو وشفقة الجد فوق شفقة القاضي لان شفقته
تنشا عن القرابة والقاضي اجنبي ولا شك ان شفقة القريب على قريبه فوق
شفقة الاجنبي وكذا شفقة وصيه لانه مرضي الجد وخلفه فكان شفقته
مثل شفقته واذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية
على هذا الترتيب ضرورة لان ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة وابيه
الموفق وليس لمن سوى هولا من الام والاخ والعم وغيرهم ولاية التصرف
على الصغير في ماله لان الاخ والعم قاصرا الشفقة وفي التصرفات تجري
جنايات لا يهتم لها الا ذو الشفقة الوافرة والام وان كانت لها وفور
الشفقة لكن ليس لها كمال الراي لقصور عقل النسا عادة فلا تثبت لهم
ولاية التصرف في المال ولا لوصيهم لان الوصي خلف الموصي قايم مقامه
فلا يثبت له الا قدر ما كان للموصي وهو قضا الدين والحفظ لكن عند عدم
هولا ولوصي الام والاخ ان يبيع المنقول والعقار لقضا دين الميت والباقي
ميراث للصغير ثم ينظر ان كان واحد ممن ذكرنا حيا حاضرا فليس له ولاية
التصرف اصلا في ميراث الصغير لان الموصي لو كان حيا لا يملكه في حال
حياته فكذا الوصي وان لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير الا انه يبيع المنقول
لما ان بيع المنقول من الحفظ لان حفظ الثمن ايسر وليس له ان يبيع العقار
لاستغنايه عن الحفظ لكونه محفوظا بنفسه وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير
لانها محفوظة وليس له ان يشتري شيا على سبيل التجارة وله ان يشتري مالا

منه
ثم الجد ثم وصيه ثم وصي وصيه صح

بد للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من المال من جهة اخرى
سوى الارث بان وهب له شي او اوصي له به فليس له ولاية التصرف فيه
اصلا عقارا كان او منقولا لانه لم يكن للموصي عليه ولاية فكذا الوصي واما
وصي المكاتب فله ان يبيع المنقول والعقار لقضا دين المكاتب ولقضا دين
الكتابة لان المكاتب كان يملكه بنفسه فكذا وصيه وما فضل من كسبه
يكون ميراثا لورثته اما الاحرار منهم فلا شك وكذا الولد المولود في الكتابة
ومن كوتب معه لانه عتق في اخر جزء من اجزا حياته بعتق ابيه واذا صار
الفاضل عن كسبه ميراثا لورثته فهل يملك التصرف في مالهم ذكر في
الزيادات انه لا يملك الا في الحفظ وجعله بمنزلة وصي الام والاخ والعم وفي
كتاب القسمة الحقه بوصي الاب فانه اجاز قسمته في العقارات والقسمة
في معنى البيع فمن جازت قسمته يجوز بيعه فكان فيه روايتان وهذا اذا
مات قبل ادا بدل الكتابة فاما اذا ادى بدل كتابته حال حياته
وعتق ثم مات كان وصيه كوصي الحر بلا خلاف والله اعلم والثاني
ان لا يكون في المبيع حق لغير البائع فان كان لا ينفذ كالمرهون والمستاجر — بيع المرهون والمستاجر
لان فيه ابطال حق المرتهن والمستاجر وهذا لا يجوز وقد اختلفت
عبارات الكتب في هذه في بعضها ان البيع فاسد وفي بعضها انه موقوف — م المسئلة ص
وهو الصحيح لان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى مال متقوم مملوك له
مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه والدليل على انه مقدور التسليم انه
يمكنه ان يفتك الرهن بقضا الدين فيسلمه الى المدين وكذا احتمال الاجازة
من المرتهن والمستاجر ثابت في البابين جميعا الا انه لم ينفذ للحال لتعلق
حقهما فيتوقف ويمكن التوفيق بين الروايتين بان يحمل قوله فاسد على انه
لا حكم له ظاهرا وهو تفسير الموقوف عندنا واذا توقف على اجازتهما فان
اجازا جاز ونفذ وهل يملكان المطالبة بالفسخ ذكر القدوري في شرحه
وقال اما المستاجر فلا يملك واما المرتهن فيجوز ان يقال يملك فرق
بينهما من حيث ان المستاجر في المنفعة لا في العين اذ الاجارة عقد على المنفعة — حقهم
لا على العين والبيع عقد على العين فلم يكن البيع تصرفا في محل حق المستاجر
فلا يثبت له الخيار وحق المرتهن في العين لانه يستوفي الدين من بدل العين
بالبيع عند عدم الافتكاك من الراهن ولهذا لو اجاز البيع كان الثمن رهنا عنده
فكان البيع تصرفا في محل حقه فيثبت له الخيار وهل يثبت للمشتري خيار

الفسخ

الفسخ فان لم يعلم انه مرهون او مواجر يثبت لان العقد المطلق يقتضي التسليم
للحال وقد فات فيثبت له خيار الفسخ وان علم فلا خيار له لانه رضي بالتسليم
في الجملة ولو باع عبده الذي وجب عليه القود نفذ لانه لا حق لولي القتيل في
نفس القاتل وانما له ولاية استيفا القصاص وانها لا تبطل بالبيع فيجوز البيع
ولا يصير المولى بالبيع مختارا للفدا سوا علم بالجناية او لم يعلم لان حق المولي
في القصاص والبيع لا يبطل القصاص وكذلك لو اعتقه او دبره او كانت
امة فاستولدها لما قلنا وكذا لو باع عبده الذي هو حلال الدم بالردة لان
الردة توجب اباحة الدم لا غير والبيع لا يبطلها وكذا لو اعتقه او دبره او
كانت امة فاستولدها وكذا لو باع عبده الذي وجب قطع يده بالسرقة
او وجب عليه حد من الحدود كحد الزنا والشرب والقذف لان الواجب
بهذه الجنايات ولاية استيفا القطع والحد والبيع لا يبطلها وكذا اذا اعتقه
او دبره او كانت امة فاستولدها لما قلنا ولو باع عبده الذي وجب دفعه
بالجناية يجوز علم المولى بالجناية او لا ولا سبيل لولي الجناية على العبد ولا
على المشتري لانه لا حق له في نفس العبد وانما يخاطب المولى بالدفع الا ان
يختار الفدا غير انه ان كان عالما بالجناية يلزمه ارش الجناية بالغا ما بلغ
لان اقدامه على البيع بعد العلم بالجناية اختيار للفدا اذ لو لم يختر لما باعه
لما فيه من ابطال حق ولي الجناية في الدفع والظاهر انه لا يرضى به وعلى
تقدير الاختيار كان البيع ابطالا لحقهم الى بدل وهو الفدا فكان الاقدام على
البيع اختيارا للفدا بخلاف ما اذا كان عليه قتل او قطع بسبب السرقة
او حد لان البيع لا يوجب بطلان هذه الحقوق فلم يكن الاقدام على البيع اختيارا
للفدا فلا تسقط هذه الحقوق بل بقيت على حالها وان كان عالما بالجناية يلزمه
كا — الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية كان البيع استهلاكا
للعبد من غير اختيار فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه ما اتلف على ولي
الجناية الا قدر الارش الا اذا كان اقلهما عشرة الاف درهم فينقص منها
عشرة لان قيمة العبد خطا اذا بلغ عشرة الاف درهم ينقص منها عشرة
دراهم وكذلك لو اعتقه المولى او دبره او كانت امة فاستولدها جاز ولا سبيل
را — لولي الجناية على العبد والمدبر وام الولد غير انه ان علم بالجناية كان ذلك منه اختيا
للفدا وان لم يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الدية وما زاد على هذا نذكره في
كتاب جنايات العبيد في اخر كتاب الجنايات ان شا الله تعالى **فصل**

واما شرايط الصحة فانواع بعضها يعم البياعات كلها وبعضها يخص البعض دون
البعض اما الشرايط العامة فمنها ما ذكرنا من شرايط الانعقاد والنفاذ
لان ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة اذ الصحة امر
زايد علي اصل الانعقاد والنفاذ فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط
الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ والانعقاد
عندنا فان البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وان
لم يكن صحيحا ومنها ان يكون المبيع معلوما وثمنه معلوما علما يمنع من المنازعة
فان كان احدهما مجهولا جهالة مفضية الي المنازعة لا يفسد لان الجهالة اذا كانت
مفضية الي المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع
واذا لم تكن مفضية الي المنازعة لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود وبيانه
في مسايل اذا قال بعتك شاة من هذا القطيع او ثوبا من هذا العدل فالبيع فاسد
لان الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية الي المنازعة
لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب فتوجب فساد البيع فان
عين البايع شاة وثوبا وسلمه اليه فرضي به جاز ويكون ذلك ابتدا بيع
بالمراضاة ولان البياعات للتوسل الي استيفا النفوس الي انقضا اجالها والتنازع
يفضي الي التفاني فيتناقض ولان الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق الا بالمعلوم
والكلام في هذا الشرط في موضعين احدهما ان العلم بالمبيع والثمن علما مانعا
من المنازعة شرط صحة البيع والثاني في بيان ما يحصل به العلم بهما اما
الاول فبيانه في مسايل اذا قال بعتك احد هذه الاثواب الاربعة بكذا
وذكر خيار التعيين او سكت عنه او قال بعتك احد هذين الثوبين او احد
هذه الاثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد لان البيع مجهول
ولو ذكر الخيار بان قال علي انك بالخيار تاخذ ايها شيت بثمن كذا وترد الباقي
فالقياس ان يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد وجه القياس ان المبيع
مجهول لانه باع واحدا غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولا
فيمنع صحة البيع كما لو باع احد الاثواب الاربعة وذكر الخيار وجه
الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما مساس الحاجة الي
دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق دفع الغبن وورود الشرع
هناك يكون ورودا هاهنا دلالة والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لاقتصار
الاشيا علي الجيد والوسط والردي فيبقي الحكم في الزيادة مردودا الي اصل

م فسد البيع وان كان مجهولا جهالة لا تفضي الي المنازعة م

خيار التعيين

القياس

105

القياس ولان الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم الي ذلك فان كل احد لا يمكنه
ان يدخل السوق فيشتري ما يحتاج اليه خصوصا الاكابر والنسا فيحتاج
الي ان يشتري احد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعا الي الامر فيختار
احدهما بالثمن المذكور ويرد الباقي فجوز ذلك لتعامل الناس ولا تعامل
فيما زاد علي الثلاث فبقي الحكم فيه علي اصل القياس وقوله المعقود عليه
مجهول قلنا هذا ممنوع فانه اذا شرط الخيار بان قال علي ان تاخذ ايهما
شيت فقد انعقد العقد موجبا للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه
عند اختياره معلوم مع ان هذه جهالة لا تفضي الي المنازعة لانه فوض
الامر الي اختيار المشتري باخذ ايهما شا فلا تقع المنازعة وهل يشترط
بيان المدة في خيار التعيين اختلف المشايخ فيه لاختلاف الفاظ محمد رحمه
الله في هذه المسلة في الكتب فذكر في الجامع الصغير علي ان ياخذ المشتري
ايهما شا وهو فيه بالخيار ثلاثة ايام وذكر في الاصل علي ان ياخذ ايهما شا
بالف ولم يذكر الخيار فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع الا بذكر مدة خيار الشرط
وهو ثلاثة ايام فما دونها عند ابي حنيفة وعندهما الثلاث وما زاد عليها
بعد ان يكون معلوما وهو قول الكرخي والطحاوي وقال بعضهم يجوز من غير
ذكر المدة وجه قول الاولين ان المبيع لو كان ثوبا واحدا معينا وشرط فيه
الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالاجماع فكذا اذا كان واحدا غير
معين والجامع بينهما ان ترك التوقيت مجهل لمدة الخيار وانه يفسد البيع
لان للمشتري ان يردهما جميعا والثابت بخيار التعيين رد احدهما وهذا
حكم خيار الشرط فلا بد من ذكر مدة معلومة وجه قول الاخرين ان
توقيت الخيار في المعين انما كان شرطا لان الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة
الي دفع الغبن بواسطة التامل فكان في معني الاستثنا فلا بد من التوقيت
ليصح استثنا ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه وخيار التعيين لا يمنع ثبوت
الحكم بل يثبت الحكم في احدهما غير عين وانما يمنع تعيين المبيع لا غير فلا
يشترط له بيان المدة والله اعلم والدليل علي التفرقة بينهما ان خيار الشرط لا يورث
علي اصل اصحابنا وخيار التعيين يورث بالاجماع الا ان للمشتري ان يردهما
جميعا لا حكما لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان ما نذكر ان شا الله تعالي
وعلي هذا يخرج ما اذا اشتري ثوبين او عبدين او دابتين علي ان المشتري او
البايع بالخيار في احدهما ثلاثة ايام ولم يعين الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه

الخيار يامر غيره ولا يندفع حاجته بشري شي واحد معين من ذلك الجنس لما عسي لا يوافق الامر فيحتاج الخ م

م هذا م

م المدة بل لان البيع المضاف الي احدهما غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود م علي صح

ولا يبين حصة كل واحد منهما من الثمن ان البيع فاسد فيهما جميعا لجهالة المبيع
والثمن اما جهالة المبيع فلان العقد في احدهما بات وفي الاخر خيار ولم يعين
احدهما من الاخر فكان المبيع مجهولا واما جهالة الثمن فلانه اذا لم يسم لكل
واحد منهما ثمنا فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن فكان الثمن مجهولا والمبيع
مجهولا وجهالة احدهما تمنع صحة البيع فجهالتهما اولى وكذلك اذا عين
الذي فيه الخيار لكن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لان الثمن مجهول
وكذلك اذا بين ثمن كل واحد منهما لكن لم يعين الذي فيه الخيار من صاحبه
لان المبيع مجهول ولو عين وبين جاز البيع فيهما جميعا لان المبيع والثمن
معلومان ويكون البيع في احدهما باتا من غير خيار وفي الاخر فيه خيار لانه
هكذا فعل واذا اجاز من له الخيار البيع فيما له فيه الخيار او مات او مضت
مدة الخيار من غير فسخ حتى تم البيع ولزم المشتري ثمنهما ليس له ان ياخذ احدهما
او كلاهما ما لم ينقد ثمنهما جميعا لان الخيار لما سقط ولزم العقد صار كانه
اشتراهما جميعا شرا باتا ولو كان كذلك كان الامر على ما وصفنا فكذلك هذا
ولو اشترى ثوبا واحدا ودابة واحدة بثمن معلوم على ان المشتري او البايع
بالخيار في نصفه ونصفه بات جاز البيع لان النصف معلوم وثمنه معلوم ايضا
والله اعلم ولو باع عددا من جملة من المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان
بدرهم والجملة اكثر مما سمى فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية الى
المنازعة فان عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك وتراضيا عليه فهو
جايز لان ذلك بيع مبتدا بطريق التعاطي واليه اشار في الكتاب فقال انما
وقع البيع على هذا المعزول حين تراضيا وهذا نص على جواز البيع بالمراوضة
ولو قال بعت هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد لانه جعل ثمنه قيمته وانها
تختلف باختلاف المقومين فكان الثمن مجهولا وكذلك لو اشترى من هذا (م تقويم م)
اللحم ثلاثة ارطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع فاسد ولو بين الموضع
بان قال زن لي من هذا الجنب رطلا بكذا او من هذا الفخذ على قياس قول ابي حنيفة
في السلم وعلى قياس قولهما يجوز وكذا روي عن محمد انه يجوز وكذا اذا باع
بحكم المشتري او بحكم فلان لانه لا يدري بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولا
وكذلك اذا قال بعتك هذا بقفيز حنطة او بقفيزي شعير لان الثمن مجهول
وقيل هو البيعتان في بيع وكذا اذا قال بعتك هذا العبد بالف درهم الى سنة (م وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيع ص)
او بالف وخمسمائة الى سنتين لان الثمن مجهول وقيل هو الشرطان في بيع وقد

روي

روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع ولو باع شيا بده يازده
ولم يعلم المشتري راس ماله فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار او يدع هكذا روى ابن
رستم عن محمد لانه اذا لم يعلم راس ماله كان ثمنه مجهولا وجهالة الثمن تمنع صحة
البيع واذا علم ورضي به جاز البيع لان المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد
زالت وله حكم حالة العقد فصار كانه كان معلوما عند العقد وان لم يعلم به حتى
افترقا تقرر الفساد ولو هلك المبيع قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته لان هذا حكم (م في المجلس م)
البيع الفاسد وقد تقرر الفساد بالهلاك لانه بالهلاك خرج البيع عن الاجازة والرضا
لان الاجازة انما تلحق القايم دون الهالك فتقرر الفساد ولزمه القيمة وروى (م احتمال م)
ابن شجاع عن محمد ان البيع جايز ومعناه انه موقوف على الاجازة واليه اشار
ابو يوسف فانه قال اصح وهذه امارة البيع الموقوف فان مات البايع قبل ان
يرضى المشتري وقد قبض او لم يقبض انتقض البيع ولو كان المبيع عبدا فقبضه
ثم اعتقه او باعه او مات قبل العلم جاز العتق والبيع وعليه قيمته لوجود الهلاك
حقيقة بالموت والاعتاق فخرج البيع عن احتمال الاجازة فتاكد الفساد فتلزمه (م في المبيع م)
القيمة ولو اعتقه بعد ما علم براس المال فعليه الثمن لان اقدامه على الاعتاق
دليل الاجازة ولو عتق بالقرابة قبل العلم بالثمن بعد القبض فعليه قيمته لانه
لا صنع له في القرابة فلم يوجد دليل الاجازة فكان العتق بها بمنزلة هلاك
العبد قبل العلم وهناك تجب القيمة كذا ههنا وكذا اذا باع الشي برقمه او
براس ماله ولم يعلم المشتري رقمه وراس ماله فهو كما اذا باع شيا بده
يازده ولم يعلم ما اشترى به ولو قال بعتك قفيزا من هذه الصبرة صح وان
كان قفيزا من صبرة مجهولا لكن هذه جهالة لا تفضي الى المنازعة لان الصبرة
الواحدة متماثلة القفزان بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الاربعة لان
بين شاة وشاة تفاوتا فاحشا وكذا بين ثوب وثوب والله اعلم ولو باع شيا (البيع بنقد مطلق من غير بيان)
بعشرة دراهم او بعشرة دنانير وفي البلد نقود مختلفة انصرف الى النقد
الغالب لان مطلق الاسم ينصرف الى المتعارف خصوصا اذا كان فيه صحة
العقد وان كان في البلد نقود غالبة فالبيع فاسد لان الثمن مجهول اذ البعض
ليس باولى من البعض وعلى هذا يخرج اصل ابي حنيفة ان جملة الثمن اذا كانت
مجهولة عند العقد في بيع مضاف الى جملة فالبيع فاسد الا في القدر الذي
جهالته لا تفضي الى المنازعة وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون
من المثليات من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما ان يكون

من غيرها من الذرعيات والعدديات المتفاوتة ولا يخلو اما ان يسمي جملة الكيل
والوزن والعدد والذرع في البيع واما ان لم يسم اما المكيلات فان لم يسم جملتها
بان قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم لم يجز البيع الا في قفيز منها
بدرهم ويلزم البيع فيه عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في الباقي الا اذا علم المشتري
جملة القفزان قبل الافتراق بان كالها وله الخيار ان شا اخذ كل قفيز بدرهم
وان شا ترك وان لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد وعند ابي يوسف
ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم سوا علم او لم يعلم وعلى
هذا الخلاف اذا قال كل قفيزين منها بدرهمين او كل ثلاثة اقفزة منها
بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف الوزني الذي لا ضرر في تبعيضه كالزيت
وتبر الذهب والفضة والعددي المتقارب كالجوز واللوز اذا لم يسم جملتها
واما الذرعيات فان لم يسم جملة الذرعان بان قال بعت منك هذا الثوب
او هذه الارض او هذه الخشبة كل ذراع منه بدرهم فالبيع فاسد في الكل
عند ابي حنيفة رحمه الله الا اذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس فله الخيار
ان شا اخذ وان شا ترك وان لم يعلم حتى تفرقا تقرر الفساد وعند ابي يوسف
ومحمد يجوز البيع في الكل ويلزمه كل ذراع منه بدرهم وعلى هذا الخلاف
اذا قال كل ذراعين بدرهمين او كل ثلاثة اذرع بثلاثة دراهم وعلى هذا
الخلاف العدديات المتفاوتة كالاغنام والعبيد بان قال بعت منك هذا
القطيع من الغنم كل شاة منها بعشرة دراهم ولم يسم جملة الشاة وعلى هذا
الخلاف الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصنوع من الاواني والقلب ونحو
ذلك وجه قولهما في مسايل الخلاف ان جملة المبيع معلومة وجملة
الثمن يمكن الوصول الى العلم بالكيل والوزن والعدد والذرع وكانت
هذه جهالة ممكن الرفع والازالة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع كما اذا باع
بوزن هذه الحجر ده هنا ولابي حنيفة رحمه الله ان جملة الثمن مجهول حالة العقد
جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فساد العقد كما اذا باع الشي برقمه
ولا شك ان جملة الثمن حالة العقد مجهولة لانه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم
وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة
وكذلك هذا في الموزون والمعدود والمذروع وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة
مسلم لكنها ثابتة للحال الى ان ترتفع وعندنا اذا ارتفعت في المجلس ينقلب
العقد الى الجواز لان المجلس وان طال فله حكم ساعة العقد والبيع بوزن هذه

بيع الصبرة كل قفيز بدرهم

هذه الحجر

107

هذه الحجر ده هنا ممنوع على اصل ابي حنيفة رحمه الله وانما اختلف جواب ابي حنيفة
بين المثليات وغيرها من وجه حيث جوز البيع في واحد في باب الامثال
ولم يجوز في غيرها اصلا لان المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية
الى المنازعة وجهالة قفيز من صبرة غير مانعة من الصحة لانها لا تفضي الى
المنازعة الا ترى لو اشترى قفيزا من هذه الصبرة ابتدا جاز فاذا تعذر العمل
بعموم كلمة صرفت الى الخصوص لانه ممكن على الاصل المعهود في صيغة العام
اذا تعذر العمل بعمومها انها تصرف الى الخصوص عند امكان الصرف
اليه بخلاف الاشيا المتفاوتة لان جهالة شاة من قطيع وذراع من ثوب
جهالة مفضية الى المنازعة الا ترى ان بيع ذراع من ثوب وشاة من قطيع
لا يجوز ابتدا فتعذر العمل بعموم كلمة كل فيفسد البيع في الكل ولو قال
بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاتين بعشرين درهما فالبيع فا
في الكل بالاجماع وان علم المشتري عدد الجملة في المجلس واختار البيع
فرق بين المعدود المتفاوت وبين المذروع والمكيل والموزون ~~وبين~~
والعددي المتقارب ان الواحد والاثنين هناك على الاختلاف واذا علم في
المجلس واختار البيع يجوز بلا خلاف وها هنا لا يجوز في الاثنين بلا خلاف
وان علم واختار البيع ووجه الفرق ان المانع هناك جهالة الثمن وهي محتملة
الارتفاع والزوال ثمة بالعلم في المجلس فكان المانع محتمل الزوال والجهالة
ها هنا لا ~~يرتفع الزوال~~ اصلا لان ثمة كل واحد منهما مجهول لا يدري كم هو ولو
قال بعت منك هذه الصبرة بماية درهم كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة الصبرة
لكنه سمى جملة الثمن لم يذكر هذا في الاصل وذكر الطحاوي انه يجوز وهو
صحيح لان المانع جهالة الثمن ولم يوجد حيث سماها فصار تسمية جملة
الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع ولو سمى جملة المبيع لجاز على ما نذكر كذا هذا
الذي ذكرنا اذا لم يسم جملة المبيع من المكيلات والموزونات والمذروعات
والمعدودات فاما اذا سماها بان قال بعت منك هذه الصبرة على انها ماية
قفيز كل قفيز بدرهم او قال ~~على انها ماية قفيز كل قفيز بدرهم~~ او قال على
انها ماية قفيز بماية درهم سمى لكل واحد من القفزان ثمنا على حدة
او سمى للكل ثمنا واحدا هما سوا فلا شك في جواز البيع لان جملة المبيع معلومة
وجملة الثمن معلومة ثم ان وجدها كما سمى فالامر ماض ولا خيار للمشتري
وان وجدها ازيد من ماية قفيز فالزيادة لا تسلم للمشتري بل ترد الى البايع

م كل م

سد

يحتمل الارتفاع صح

هذا م

بيع الصبرة على انه ماية قفيز كل قفيز

ولا يكون للمشتري الا قدر ما سمي وهو ماية قفيز ولا خيار له وان وجدها اقل
من ماية قفيز فالمشتري بالخيار ان شا اخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة
النقصان وان شا تركها واصل هذا ان الزيادة فيما لا ضرر في تبعيضه لا يجري
مجرى الصفة بل هي اصل فلا بد وان يقابله الثمن ولا ثمن للزيادة فلا تدخل في
البيع وكان ملك البايع فيرد اليه والنقصان فيه نقصان الاصل لا نقصان
الصفة فاذا وجدها انقص مما سمي نقص من الثمن حصة النقصان وان
شا ترك لان الصفقة تفرقت عليه لانها وقعت على ماية قفيز ولم تسلم له
فاوجب خللا في الرضا فثبت له خيار الترك وكذلك الجواب في الموزونات
التي ليس في تبعيضها ضرر لان الزيادة فيها لا تجري مجرى الصفة بل هي
اصل بنفسها وكذلك المعدودات المتقاربة واما المذروعات من الثوب
والارض والخشب وغيرها فان سمي لجملة المذروعات ثمنا واحدا ولم يسم
لكل ذراع منها على حدة بان قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة اذرع ثمنا صح
بعشرة دراهم فالبيع جايز لان المبيع وثمنه معلومان ثم ان وجد مثل ما سمي
لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له وان وجد احد عشر ذراعا فالزيادة
سالمة للمشتري وان وجد تسعة اذرع لا يطرح لاجل النقصان شيا
من الثمن وهو بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا ترك فرق بينها
وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر والعدديات المتقاربة
ووجه الفرق ان زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفة كصفة
الجودة والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الاصل لا الصفة والدليل
على انها جارية مجرى الصفة ان وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها
يسلب صفة الجودة ويوجب الرداة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان
بالرداة حكما والجودة والرداة صفة والصفقة ترد على الاصل دون الصفة
الا ان الصفة تملك تبعا للموصوف لكونها تابعة له قايمة به فاذا زاد
صار كانه اشتراه رديا فاذا هو جيد وكما اذا اشترى عبدا على انه
ليس بكاتب او ليس بخياط فوجده كاتبا او خياطا او اشترى عبدا
على انه اعور فوجده سليم العينين او اشترى جارية على انها ثيب
فوجدها بكرا تسلم له ولا خيار للبايع كذا هذا واذا نقص صار كانه اشترا
على انه جيد فوجده رديا او اشترى عبدا على انه كاتب او خباز او صحيح
العينين فوجده غير كاتب ولا خباز او اعور او اشترى جارية على انها

بكر

بكر فوجدها ثيبا لا يطرح شي من الثمن ولكن يثبت له الخيار كذا هذا بخلاف
المكيلات والموزونات التي لا ضرر في تبعيضها والعدديات المتقاربة لان الزيادة
فيها غير ملحقة بالاوصاف لانها اصل بنفسها حقيقة والعمل بالحقيقة
واجب ما امكن الا انها الحقت بالصفة في المذروعات ونحوها لان وجودها
يوجب الجودة والكمال للباقي وفواتها يوجب النقصان والرداة له وهذا
المعنى هاهنا منعدم فبقيت اصلا بنفسها حقيقة وان سمى لكل ذراع
منها ثمنا على حدة بان قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة اذرع
كل ذراع بدرهم فالبيع جايز لما قلنا ثم ان وجد مثل ما سمى فالامر ماض
ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم وان وجد احد عشر ذراعا فهو بالخيار
ان شا اخذ كله باحد عشر درهما وان شا ترك وان وجده تسعة اذرع
فهو بالخيار ان شا طرح حصة النقصان درهما واخذه بتسعة دراهم وان
شا ترك لتفرق الصفقة عليه وهذا يشكل على الاصل الذي ذكرنا ان زيادة
الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فينبغي
ان تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لاجل النقصان شيا كما
في الفصل الاول لان الثمن يقابل الاصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان
الرداة على ما ذكرنا وجه هذا الاشكال ان الذرع في المذروعات انما يجري
مجرى الصفة على الاطلاق اذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة فاما اذا افرد به
فلا يجري مجرى الصفة على الاطلاق اذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة فاما
اذا افرد به فلا يجري مجرى الصفة مطلقا بل يكون اصلا من وجه صفة
من وجه فمن حيث ان التبعيض فيها يوجب تعيب الباقي كانت الزيادة
صفة بمنزلة صفة الجودة ومن حيث انه سمى لكل ذراع ثمنا على حدة كان كل
ذراع معقودا عليه فكانت الزيادة اصلا من وجه صفة من وجه فمن
حيث انها صفة كانت للمشتري لان الثمن يقابل الاصل لا الصفة وانما تدخل
في البيع تبعا على ما بينا ومن حيث انها اصل لا تسلم له الا بزيادة ثمن اعتبارا
للجهتين جميعا بقدر الامكان وله الخيار في اخذ الزيادة وتركها لانه لو لزمه
الاخذ لا محالة تلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهرا عند العقد واختل
رضاه فوجب الخيار وفي النقصان ان شا طرح قدر النقصان واخذ الباقي
اعتبارا لجهة الاصالة وان شا ترك لان الصفقة تفرقت عليه واوجب خللا
في الرضا وذا يوجب الخيار هذا اذا كانت الزيادة والنقصان ذراعا تاما فاما

اذا كانت دون ذراع لم يذكر هذا في ظاهر الروايات وذكر في غير رواية الاصول
اختلاف اقاويل اصحابنا الثلاثة في كيفية الخيار فيه وابو حنيفه ومحمد رحمهما
الله فرقا بين الزيادة والنقصان غير ان ابا حنيفة رحمه الله جعل زيادة نصف
ذراع بمنزلة زيادة ذراع كامل فقال ان شا اخذه باحد عشر درهما وان شا
ترك وجعل نقصان نصف ذراع كلا نقصان لكن جعل له الخيار ان شا اخذه
بعشرة وان شا ترك ولا يطرح من الثمن شيا لاجل النقصان ومحمد رحمه
الله جعل على القلب من ذلك فجعل زيادة نصف ذراع كلا زيادة وقال ياخذ
المشتري بجميع الثمن ولا خيار له وجعل نقصان نصف ذراع كنقصان ذراع
كامل وقال ان شا اخذه بتسعة دراهم وان شا ترك واما ابو يوسف رحمه الله
فسوى بين الزيادة والنقصان فقال في زيادة نصف ذراع يزاد على الثمن
نصف درهم وله الخيار ان شا اخذه بتسعة دراهم ونصف وان شا ترك
والقياس ما قال له ابو يوسف رحمه الله وهو اعتبار الجزء بالكل الا انهما استحسنا
لتعامل الناس فجعل ابو حنيفه زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة ذراع
تام ونقصان نصف ذراع كلا نقصان لان الناس في العادات في بياعاتهم
واشترياتهم لا يعدون نقصان نصف ذراع بل يحسبونه ذراعا فبنى الامر
في ذلك على تعامل الناس وجعل محمد رحمه الله الامر في ذلك على
القلب من ذلك لما ان الباعة يسامحون في زياده نصف على القدر المسمى
في البيع عادة ولا يعدونه زيادة وكانت تلك الزيادة ملحقة بالعدم عادة
كانه لم يزد وكذا يسامحون فيعدون نقصان نصف ذراع في العادات
نقصان ذراع كامل فترك القياس بتعامل الناس ويجوز ان يكون
اختلاف جوابهما لاختلاف عادات الناس والله اعلم وعلى هذا جميع المذروعات
من الارض والخشب وغيرهما انه ان لم يسم لكل ذراع ثمنا بان قال بعت منك
هذه الارض على انها الف ذراع بالف درهم فالبيع جايز لما قلنا ثم ان وجدها
مثل ما سمى فالامر ماض وتلزمه الارض كل ذراع بدرهم وان وجدها
ازيد فالزيادة سالمة له ولا خيار وان وجدها انقص فهو بالخيار ان شا
اخذها بجميع الثمن وان شا ترك لما ذكرنا ان زيادة الذرع في الذرعيات
جارية مجرى الصفات والثمن مقابل الاصل دون الصفة وان سمى لكل
ذراع ثمنا على حدة بان قال كل ذراع بكذا فالبيع جايز لما ذكرنا ثم ان وجدها
مثل ما سمى فالامر ماض وان وجدها ازيد فهو بالخيار ان شا اخذ الزيادة

م فقال صح

م وله الخيار ان شاء اخذه بعشرة دراهم ونصف وان شاء ترك وقال في نقصان نصف ذراع ينقص من الثمن نصف درهم م

م نقصانا م

م تاما صح

بثمنها

بثمنها وان شا ترك لانه يلزمه زيادة ثمن لم تلزمه وان وجده انقص تسقط
حصته من الثمن وله الخيار لتفرق الصفقة على ما ذكرنا في الثوب وعلى هذا
الخشب وغيره من الذرعيات وعلى هذا الموزونات التي في تبعيضها ضرر
بان قال بعت منك هذه السبيكة من الذهب على انها مثقال بكذا فالبيع جايز
ثم ان وجد على ما سمى فالامر ماض وان وجده زايدا او انقص فهو على
التفصيل الذي ذكرنا في الذرعيات وعلى هذا اذا باع مصوغا من نحاس
او صفر او ما اشبه ذلك على ان فيه كذا منا بكذا درهما فوجده اكثر او اقل
فهو على التفصيل الذي ذكرنا لان الوزن في مثله يكون ملحقا بالصفة بمنزلة
الذرع في الذرعيات لان تبعيضه يوجب تعييب الباقي وهذا حد الصفة
في هذا الباب ولو باع مصوغا من الفضة على ان وزنه مائة بدينار ولم
يسم لكل عشرة ثمنا على حدة فان قال بعشرة دنانير ولم يقل كل وزن
عشرة بدينار وتقابضا وافترقا فالبيع جايز ثم ان وجده ازيد بان كان
مائتي درهم مثلا فالكل للمشتري بعشرة دنانير ولا يزاد في الثمن شي لان
الزيادة فيه بمنزلة الصفة والصفات المحضة لا يقابلها الثمن وان وجده
تسعين او ثمانين فهو بالخيار على ما ذكرنا وان سمى لكل عشرة ثمنا على
حدة بان قال بعت منك على ان وزنه مائة بعشرة دنانير كل وزن
عشرة بدينار وتقابضا فالبيع جايز ثم ان وجده على ما سمى فالامر
ماض وان وجد وزنه ازيد بان كان مائة وخمسين نظر في ذلك ان علم
ذلك قبل التفرق فله الخيار ان شا زاد في الثمن خمسة دنانير واخذ
كله بخمسة عشر دينارا وان شا ترك لان ساعات المجلس لها حكم ساعة
العقد وان علم بعد التفرق بطل البيع في ثلث المصوغ لانعدام التقابض فيه
وله الخيار في الباقي ان شا رضي به بعشرة دنانير وان شا رد الكل واسترد
الدنانير لان الشركة في الاعيان عيب وان وجد وزنه خمسين وعلم
ذلك قبل التفرق او بعده فله الخيار ان شا رده وان شا رضي به واسترد
من الثمن خمسة دنانير وكذلك لو باع مصوغا من ذهب بدرهم فهو على
هذا التفصيل ولو باع مصوغا من الفضة بجنسها او باع مصوغا من
الذهب بجنسه مثل وزنه على ان وزنه مائة بمائة ثم وجده ازيد مما
سمى فان علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار ان شا زاد في الثمن قدر وزن
الزيادة واخذ الكل وان شا ترك لان المجلس له حكم حالة العقد وان علم بها

م لذا العقد صح

109

م على ما سمى فالامر ماض ولا خيار وان وجده م

م ولا خيار صح

بعد التفرق بطل البيع في الزيادة لان التقابض شرط بقا الصرف على الصحة
ولم يوجد في قدر الزيادة وان وجده اقل مما سمي فله الخيار ان شا رضي
بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن وان شا رد الكل واسترد جميع
الثمن سوا سمي الجملة او سمى لكل وزن درهم درهما لان عند اتحاد
الوزن والجنس لا يجوز البيع الا سوا بسوا فصار كانه سمي ذلك وان لم
يسم حقيقة الا الجملة واما العدديات المتفاوتة كالغنم والبقر والعبيد
ونحوها بان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها ماية شاة بكذا
فان وجده على ما سمي فالبيع جايز وان وجده ازيد فالبيع فاسد في الكل
سوا ذكر لكل ثمنا واحدا بان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها
ماية شاة بالف درهم او ذكر لكل شاة فيها ثمنا على حدة بان قال لكل شاة
بعشرة دراهم لان كل شاة اصل في كونها معقودا عليها والزيادة لم تدخل
تحت العقد لانه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعة وهي مجهولة فكان الباقي
مجهولا ضرورة لجهالة الزيادة فيصير بايعا ماية شاة وواحدة فكان
المبيع مجهولا وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمي له ثمنا او لم يسم وان
وجده اقل مما سمى فان لم يسم لكل واحد منها ثمنا فالبيع فاسد
لان الثمن مجهول لانه يحتاج الى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن
المسمى وهو مجهول لتفاوت فاحش بين شاة وشاة فصار ثمن
الباقي مجهولا ضرورة لجهالة حصة الشاة الناقصة وان سمي لكل واحدة
منها ثمنا على حدة فالبيع جايز بحصة الباقي منها لان حصة الزايدة معلومة
وحصة الباقي معلوم فالفساد من اين من اصحابنا من قال هذا مذهبهما
فاما عند ابي حنيفة فالبيع فاسد في الكل بنا على ان المذهب عنده ان
الصفقة اذا اضيفت الى ما يحتمل العقد والى ما لا يحتمله فالفساد يشيع
في الكل واكثر اصحابنا على ان هذا بالخلاف وهكذا ذكر في الاصل
ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان العقد المضاف الى موجود يجوز ان
يفسد لمعنى يوجب الفساد ثم يتعدى الفساد الى غيره واما المعدوم فلا
يحتمل العقد اصلا لانه ليس بشي فلا يوصف العقد المضاف اليه بالفساد
ليتعدى الى غيره بل لم تصح الاضافة اليه فبقي مضافا الى الموجود فيصح
لكن للمشتري الخيار ان شا اخذ الباقي بما سمي من الثمن وان شا ترك
لتفرق الصفقة عليه وعلى هذا جميع العدديات المتفاوتة ولو قال بعت

ماية



منك

منك هذا القطيع من الغنم على انها ماية كل شاتين منها بعشرين درهما
فالبيع فاسد وان وجده على ما سمي لان ثمن كل واحدة من الشاتين
مجهول لانه لا يعرف حصة كل شاة منها من الثمن الا بعد ضم شاة اخرى اليها
ولم يعلم اية شاة تضم اليها ليعلم حصتها لانه ان ضم اليها اردى منها
كانت حصتها اكثر وان ضم اليها اجود منها كانت حصتها اقل
لذلك فسد البيع والله اعلم وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة فيمن باع
عشرة اذرع من هذه الدار او من هذه الحمام او من هذه الارض ان
البيع فاسد وقال ابو يوسف ومحمد جايز ولو اشترى عشرة اسهم من
ماية سهم جاز بالاجماع والكلام فيه يرجع الى معرفة معنى الذراع فقالا
انه اسم في العرف للسهم الشايع ولو باع عشرة من ماية سهم من
هذه الاشيا جاز فكذا هذا وابو حنيفة رحمه الله يقول الذراع في الحقيقة
اسم لما يذرع به وانما يبيع قدر عشرة اذرع مما يحله الذراع الحقيقي
لانه لا يحله الا محلا معينا فكان المبيع قدر عشرة اذرع معين من الدار وهو
الذي يحله الذراع الحقيقي وذلك مجهول في نفسه قبل الحلول فكان
المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فساد البيع بخلاف
السهم لانه اسم للشايع وهو جزء معلوم من الثلث والربع والعشر
ونحو ذلك فبيع عشرة اسهم من ماية سهم من الدار هو بيع عشرة
اجزا من ماية جزء منها وهو بيع عشرها فقد باع جزا معلوما منها فيجوز
بخلاف الذراع فان قدر عشرة اذرع لا يصير معلوما الا بالحلول على
ما مر فقبله يكون مجهولا فكان المبيع مجهولا فلم يصح فوضح الفرق بينهما
لابي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يخرج بيع ضربة القانص وهو ان يقول
القانص للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا وهو
فاسد لان المبيع مجهول وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
عن ضربة القانص وعلى هذا يخرج اجناس هذه المسايل والله اعلم
وبيع الطريق وهبته مفردا جايز وبيع مسيل الما وهبته مفردا فاسد
ووجه الفرق ان الطريق معلوم الطول والعرض فكان المبيع معلوما
فجاز بيعه بخلاف المسيل فانه مجهول القدر لان القدر الذي يشغله
الما من النهر غير معلوم فكان المبيع مجهولا فلم يجز والله اعلم واما
العلم باوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات

حصته م

اسهم م

سمّي المذروع ذراعا مجازا اطلاقا لاسم الفعل على المفعول فكان بيع عشرة اذرع من دار مشاعا صح

مجهولا

خيار الرؤية

والجهل بها هل هو مانع من الصحة قال اصحابنا ليس بشرط الصحة والجهل
بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره المشتري
لكنه لا يلزم وعند الشافعي كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرايط
صحة العقد حتى لا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده في وجه قوله ان جهالة
الذات انما منعت صحة العقد لافضايها الى المنازعة لان الاعيان تختلف
باختلاف رغايب الناس فيها الاختلاف ما لبنها فالبايع اذا سلم عينا
فمن الجايز ان يطلب المشتري عينا اخرى اجود منها باسم الاولى فيتنازعان
وجهالة الوصف مفضية الى التنازع ايضا لان الغايب عن المجلس اذ احضره
البايع فمن الجايز ان يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من
جنسه فيقعان في المنازعة بسبب عدم الروية ولان عدم الروية يوجب
تمكن الغرر في البيع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر
وبيان تمكن الغرر ان الغرر هو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه احدها
في اصل المعقود عليه والثاني في وصفه لان دليل الوجود اذا كان
غايبا هو الخبر وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب فيتردد المعقود
عليه باصله ووصفه بين الوجود والعدم والثالث في وجود التسليم
وقت وجوبه لان وقت الوجوب وقت نقد الثمن وقد ينفق النقد
وقد لا ينفق والغرر من وجه واحد م وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تبع ما ليس عندك وعند كلمة حضرة والغيبة تنافيها والخلاف
في البيع والشرا اختلاف واحد ولنا عمومات البيع من غير فصل ونص
خاص وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شيا لم
يره فهو بالخيار اذا راه ولا خيار شرعا الا في بيع مشروع ولان ركن
البيع صدر من اهله مضافا الى محل هو خالص ملكه فيصح كشرا المري
وهذا لان وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعا بصدوره
من اهله وحلوله في محله وقوله جهالة الوصف تفضي الى المنازعة ممنوع
لانه صدقه في خبره حيث اشتراه فالظاهر انه لا يكذبه ودعوى
الغرر ممنوعة فان الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود
والعدم بمنزلة الشك وها هنا ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر
الراجح صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر على انا ان سلمنا ان الغرر اسم لمطلق
الخطر لكن لم قلتم ان كل غرر يفسد العقد واما الحديث فيحتمل ان يكون

الغرر

الغرر هو الخطر ويحتمل ان يكون من الغرور في صلب العقد بالتعليق بشرط او بالاضافة
الى وقت عملا بالدلايل كلها واما الحديث الثاني فيحتمل ان يكون المراد منه بيع
ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه او بيع شي مباح على
ان يستولي عليه فيملكه فيسلمه وهذا يوافق ما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا تبيعوا السمك في الما غرر وعلى هذا الخلاف اذا باع شيا
لم يره م انه يجوز عندنا وعنده لا يجوز واذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار
للبايع فعن ابي حنيفة روايتان نذكر ذلك في موضعه ان شا الله تعالى وعلى هذا
الخلاف شرا الاعمى وبيعه جايز عندنا وقال الشافعي اذا ولد اعمى لا يجوز
بيعه وشراوه وان كان بصيرا فراى الشي ثم عمي فاشتراه جاز وما قاله مخالف
للحديث والاجماع اما الاول فانه روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم حين قال لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام
وكان حبان ضريرا واما الاجماع فان العميان في كل زمان من لدن رسول الله
صلى الله عليه وسلم لم يمنعوا من بياعاتهم واشريتهم بل بايعوا في ساير
الاعصار من غير انكار واذا جاز شراوه وبيعه فله الخيار فيما اشترى ولا
خيار له فيما باع في اصح الروايتين كالبصير ثم بماذا يسقط خياره نذكره
في موضعه ان شا الله تعالى وعلى هذا الخلاف اذا اشترى شيا مغيبا في
الارض كالجزر والبصل والفجل ونحوها انه يجوز عندنا م وعنده لا يجوز
اصلا واما بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والثمن فنقول العلم بالمبيع لا يحصل
الا بالاشارة اليه لان التعيين لا يحصل الا بالاشارة اليه لان التعيين لا يحصل الا
به الا اذا كان دينا كالمسلم فيه فيحصل العلم به بالتسمية والعلم بالثمن لا
يحصل الا بالتسمية والاشارة اليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار
اليه ونوعه وصفته وقدره على ما يعرف في موضعه غير ان المبيع ان كان
اصلا لا بد من الاشارة اليه بطريق الاصالة م وان كان تبعا يصير معلوما بالاشارة
الى الاصل لان التبع كما لا يفرد بعلة على حدة لا يفرد بشرط على حدة اذ لو
افرد لانقلب اصلا وهذا قلب الحقيقة وبيان ذلك في مسايل اذا باع جارية
حاملا من مولاها او بهيمة حاملا دخل الحمل في البيع تبعا للام كساير اطرافها
وان لم يسمه ولا اشار اليه ولو باع عقارا دخل ما فيها من البنا والشجر بنفس
البيع ولا يدخل الزرع والثمر الا بقرينة وجملة الكلام في بيع العقار ان
المبيع لا يخلو من ان يكون ارضا او كرما او دارا او منزلا او بيتا وكل ذلك لا يخلو

فلا يمنع صحته مع الاحتمال او يحمله على الغرر م

البايع م

بيع الاعمى وشراوه

بيع المغيب في الارض كالجزر والبصل

وعنده لا يجوز ويثبت له الخيار اذا قلعه م

ليصير معلوما م

ذكر ما يدخل في البيع

اما ان لم يذكر في بيعه الحقوق ولا المرافق ولا ذكر كل قليل وكثير منها واما ان
ذكر واما ان ذكر شيا من ذلك فان كان المبيع ارضا ولم يذكر شيا من هذه
القراين دخل ما فيها من الابنية والاشجار كذلك وكذلك ثمر النخل اذا ابر فاما ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء وقال مالك ثمار ساير الاشجار صح
اذا لم يوبر فلا يدخل واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع نخلا
قد ابرت فثمرتها للبايع الا ان يشترطها المبتاع قيد ملك البايع في الثمرة
بوصف التابير ولو لم يكن يختلف الحكم لم يكن للتقييد فايدة ولنا ما روي
عن محمد في كتاب الشفعة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من
اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع جعل الثمرة للبايع
مطلقا عن وصف وشرط فدل ان الحكم لا يختلف بالتابير وعدمه ولان
النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ما وراه الا بقرينة زايدة ولهذا لم تدخل
ثمار ساير الاشجار ولا حجة له فيما روى لان تقييد الحكم بوصف لا يدل على ان
الحكم في غير الموصوف بخلافه بل يكون الحكم فيه مسكوتا موقوفا على قيام الدليل
وقد قام وهو ما روينا ولا يحمل المطلق على المقيد عندنا لما فيه من ضرب
النصوص بعضها في بعض وهذا لا يجوز على ما عرف في اصول الفقه وكذلك
ان كان كرما يدخل في بيعه ما فيه من الزراغة والعرايش والحوايط من
غير ذكر قرينة ولا تدخل الفواكه والبقول والاصل ان كل ما ركب في ع
الارض يدخل وما لم يركب فيها او ركب لا للبقاء بل لوقت معلوم لا يدخل
وكذا يدخل الطريق الى الطريق الاعظم والطريق الى سكة غير نافذة من غير
ذكر قرينة وان ذكر شيا من القراين فان ذكر الحقوق او المرافق دخل فيها
الشرب والمسيل والطريق الخاص الذي يكون في ملك انسان وهو
حق المرور في ملكه ولا يدخل الزرع والثمر لانها اعيان قايمة بانفسها فلا
يتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والطرق
فانها عبارة عن حق الشرب والسقي والتسييل والمرقة فيتناولها
الاسم وان ذكر القليل والكثير بان قال بعتها منك بكل قليل وكثير هو
فيها ومنها فهل يدخل الزرع والثمر ينظر ان قال في اخره من حقوقها فلا
يدخلان لان قوله من حقوقها خرج تفسيرا لاول الكلام فكانه نص في
البيع بحقوقها وان لم يقل في اخره من حقوقها دخل فيه الزرع والثمر
وكل ما كان متصلا به لان اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك
واما المنفصل عنها كالثمار المجذوذة والزرع المحصود والحطب واللبن بلغ

والقصب

والقصب الموضوع فلا يدخل في البيع الا بالتسمية فرق بين البيع والاجارة
ان الشرب والمسيل والطريق الخاص في ملك انسان يدخل في الاجارة من
غير ذكر الحقوق والمرافق وفي البيع لا يدخل بدونه والقياس ان لا يدخل
في البابين جميعا الا بالتسمية الا انهم استحسنوا في الاجارة لانها تعقد
للانتفاع بالمستاجر ولا يمكن الانتفاع به بدون الحقوق فصارت
دلالة صح الحقوق مذكورة بذكر المستاجر بخلاف البيع لانه يعقد للملك والانتفاع
ليس من ضرورات الملك فانه يثبت الملك فيما لا ينتفع به وكذا فرق
بين البيع وبين الرهن فان من رهن عند رجل ارضا فيها زرع واشجار
عليها ثمار وسلمها اليه انه يدخل في الرهن كل ما كان متصلا بها من
غير تسمية الحقوق والقليل والكثير ووجه الفرق ان تمييز الرهن
من غيره شرط صحة الرهن على ما نذكر في كتابه ان شا الله تعالى فمتى
اقدما على عقد الرهن فقد قصدا صحته ولا صحة له الا بدخول ما كان
متصلا بالمرهون فدخل فيه تصحيحا للتصرف اذ لا صحة له بدونه بخلاف
البيع فان تمييز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع فلا ضرورة في الدخول
بدون التسمية فلا يدخل بدونها هذا اذا كان المبيع ارضا او كرما فان كان دارا
يدخل في بيعها جميع ما كان منها من بيت ومنزل وعلو وسفل وجميع ما
تجمعه الحدود الاربعة من غير ذكر قرينة وتدخل اغاليق الدار ومفاتيح
اغاليقها اما الاغاليق فلانها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم فتدخل كالميزاب
واما المفاتيح فلانه مفتاح الغلق من الغلق الا ترى لو اشترى الغلق دخل
المفتاح فيه من غير تسمية فيدخل في البيع بدخول الغلق ويدخل طريقها
الى طريق العامة وطريقها الى سكة غير نافذة كما تدخل في الارض والكرم
ويدخل الكنيف والشارع والجناح كل ذلك يدخل من غير قرينة وهل
تدخل الظلة ينظر ان لم يكن مفتحها الى الدار لا تدخل بالاتفاق وان كان
مفتحها الى الدار لا تدخل ايضا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
تدخل وجه قولهما ان الظلة اذا كانت مفتحها الى الدار كانت من اجزا
الدار فتدخل تحت بيع الدار كالجناح والكنيف ولابي حنيفة رحمه الله ان ظلة
الدار خارجة عن حدودها فانها اسم لما يظل عند باب الدار خارجا منها
فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج ولهذا لو حلف لا يدخل هذه الدار
فدخل ظلتها لا يحنث واما ما كان فيها من بستان فينظر ان كان داخل الدار

يدخل وان كانت كبيرة لا يدخل لانها اذا كانت صغيرة م

يدخل وان كان يلي الدار لا يدخل من غير تسمية وقيل بعضهم ان كانت الدار صغيرة
يمكن ان يجعل تبعا للدار وان كانت كبيرة لا يمكن وقال بعضهم يحكم الثمن فان
صلح لهما يدخل والا فلا يدخل واما مسيل الما والطريق الخاص في ملك انسان
وحق القا الثلج فان ذكر الحقوق والمرافق يدخل وكذا ان ذكر كل قليل وكثير
هو فيها ومنها سوا ذكر في اخره من حقوقها او لم يذكر وتدخل الظلة ايضا
بلا خلاف اذا كان مفتحها الى الدار وان كان المبيع بيتا فيدخل في بيعه حوايطه
وسقفه وبابه والطريق الى الطريق العامة والطريق الى سكة غير
نافذة من غير ذكر قرينة واما الطريق الخاص في ملك انسان فلا يدخل
الا بذكر احد القراين الثلاث ولا يدخل بيت العلو ان كان على علوه بيت
وان ذكر القراين لان العلو بيت مثله فكان اصلا بنفسه فلا يكون تبعا له
وان لم يكن على علوه بيت كان له ان يبني علوه ولو كان البيت في داره فباعه
من رجل لا يدخل في البيع طريقه في الدار الا بذكر الحقوق ثم ان كان البيت
يلي الطريق الاعظم يفتح له بابا اليه وان كان لا يلي الطريق الاعظم لا يبطل
البيع وله ان يستاجر الطريق اليه او يستعير من صاحب الدار فرق
بين هذا وبين القسمة اذا اصاب احد الشريكين في الدار بيت او منزل او ناحية
منها بغير طريق انه ينظر ان امكنه فتح الباب الى الطريق ليس له ان
يتطرق في نصيب شريكه سوا ذكروا في القسمة الحقوق والمرافق او لا وكذا
اذا كان مسيل مايه في نصيب شريكه قبل القسمة انقطع ذلك الحق ان
امكنه تسييل في نصيب نفسه ليس له ان يسيل في نصيب شريكه وان لم
يمكنه تسييل الما ولا فتح الباب في نصيب نفسه ويمكنه ذلك في نصيب
شريكه فانه ينظر ان ذكروا في القسمة الحقوق او المرافق فالطريق
والمسيل يدخلان في القسمة ولا تبطل القسمة وان لم يذكروا ذلك فلا
يدخلان وتبطل القسمة ووجه الفرق ان القسمة لتتميم المنفعة وتكميلها
فاذا ادت الى تفويتها بطلت والبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ما ذكرنا
ويجوز بيع بيت العلو دون السفل اذا كان على العلو بنا وان لم يكن عليه بنا
لا يجوز لانه بيع الهوا على الانفراد وانه لا يجوز ثم اذا باع العلو وعليه بنا حتى لانه م
جاز البيع وطريقه في الدار لا تدخل الطريق الا بذكر الحقوق ويجوز بيع
السفل سوا كان مبنيا او غير مبني لانه بيع الساحة وذلك جايز وان لم
يكن عليه بنا وان كان المبيع منزلا يدخل في بيعه بيت السفل ولا يدخل بيت العلو

ولا الطريق الخاص الا بذكر الحقوق او المرافق او بذكر القليل والكثير لان المنزل
اعم من البيت واخص من الدار والبيت فيعطى له حكم بين حكمين فلم يدخل فكان بين الدارم را
العلو في بيع المنزل من غير قرينة اعتبار الخصوص ويدخل فيه بقرينة اعتبا
للعموم عملا بالجهتين بقدر الامكان والله اعلم بالصواب ثم اذا لم تدخل الثمرة
بنفس البيع يجبر البايع على قطعها من الشجرة وليس له ان يتركها على الشجرة
الى وقت الادراك وكذلك الزرع عندنا وعند الشافعي لا يجبر وله ان يترك
الثمرة على الشجرة الى وقت الادراك ويترك الزرع الى ان يستحصد ولنا
ان البيع وجب فوله ان الجبر على القطع والقلع لوجوب التسليم ووقت
وجوب التسليم هو وقت الادراك لانه لا يقطع ولا يقلع الا بعد الادراك
عادة فلا يجب عليه التسليم قبله كما اذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم
يستحصد انه لا يجبر على القلع بل يترك الى ان يستحصد ولنا ان
البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل لانه عقد معاوضة تمليك
بتمليك وتسليم بتسليم فالقول بتاخير التسليم يغير مقتضى العقد قوله
العادة ان الثمرة تترك على الشجرة الى وقت الادراك قلنا العادة هذا
قبل البيع اما بعده فممنوع بل يقطع بعده ولا يترك لان ملك المشتري مشغول
بملك البايع فلا بد من ازالة الشغل وذلك بقطع الثمرة وهكذا نقول
في مسلة الاجارة انه يجب تسليم الارض عند انتهاء المدة وانما يترك باجارة
جديدة باجرة اخرى وهذا حجة عليه لانه لو ترك بالعقد الاول لما
وجبت اجرة اخرى وسوا ابر او لم يوبر بان كان المبيع نخلا بعد ان ظهرت
الثمرة من الشجر وبانت منها ليس له ان يتركها على شجر المشتري الا
برضاه لما قلنا ولو تركها على الشجرة الى ان ادركت فان كان الترك باذن
المشتري طاب له الفضل وان كان بغير اذنه ينظر ان كان قد تناهى
عظمها يطيب له الفضل ايضا لانها لا تزداد بعد ذلك بل تنتقص وان
كان صغارا لم يتناه عظمها لا يطيب له الفضل لانه تولد من اصل مملوك
لغيره ولو استاجر البايع الشجرة ليترك الثمرة عليها الى وقت الجذاذ لم
تجز هذه الاجارة لان جواز الاجارة مع ان القياس يابا ها لكونها بيع المعدوم على هذه الصورة م
لتعامل الناس والناس ما تعاملوا هذا النوع من الاجارة كما لم يتعاملوا استيجار
الاشجار لتجفيف الثياب وتصفيف اللحوم لكن لو فعل يطيب له الفضل لانه
ترك باذن المشتري وهذا خلاف الاجارة اذا انقضت مدتها والزرع بقل

لم يستحصد بعد انه يترك فيه الي وقت الحصاد بالاجرة لان الترك بالاجرة هنا
مما جري به التعامل فكان جايزا هذا اذا لم يسم الثمر في بيع الشجر فاما اذا سماه
دخل الثمر مع الشجر في البيع وصار للثمرة حصة من الثمن ويقسم الثمن عليهما
يوم العقد لانه لما سماه فقد صار مبيعا مقصودا لورود فعل البيع عليه حتي
لو هلك الثمر قبل القبض بافة سماوية او بفعل البايع تسقط حصته من الثمن
عن المشتري كما لو هلك الشجر قبل القبض والمشتري بالخيار ان شا اخذ الشجر
بحصته من الثمن وان شا ترك لان الصفقة تفرقت عليه ولو جذ البايع والمجذو
قايم بعينه ينظر ان جذ في حينه ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشتري
ويقبضهما بجميع الثمن ولو قبضهما بعد جذاذ البايع ثم وجد باحدهما عيبا له
ان يرد المعيب خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصار
كانهما كانا متفرقين وقت العقد بخلاف ما اذا جذ المشتري بعد
القبض ثم وجد باحدهما عيبا انه ليس له ان يرد المعيب خاصة بل يردهما
جميعا او يمسكهما لانهما كانا مجتمعين عند البيع وعند القبض جميعا فافراد
احدهما بالرد يكون تفريق الصفقة بعد وقوعها مجتمعة وهذا لا يجوز
هذا اذا لم ينقصه الجذاذ بان جذ البايع في حينه واوانه فاما اذا انقصه
بان جذ في غير حينه يسقط عن المشتري حصة النقصان لانه لما نقصه
الجذاذ فقد اتلف بعض المبيع قبل القبض فيسقط عن المشتري حصته من
الثمن وله الخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه واذا اقتضهما المشتري بعد
جذاذ البايع ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرد المعيب خاصة لانه قبضهما
وهما متفرقان فصار كانهما كانا متفرقين عند العقد وعلي هذا يخرج
ما اذا اشتري شجرة انه هل يدخل في شرايها اصلها وعروقها وارضها فجملة
الكلام فيه ان هذا لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان اشتراها بغير ارضها للقلع
واما ان اشتراها ولم يذكر شيا فان اشتراها بغير ارضها للقلع دخل فيه اصلها
ويجبر المشتري علي القلع وله ان يقلعها باصلها لكن قلعا معتادا وليس
له ان يحفر الارض الي ما يتناهي اليه العروق لان المعروف بالعرف كالمشروط
بالشرط الا اذا شرط البايع القطع علي وجه الارض فلا يدخل فيه اصلها
او لم يشترط لكن في القطع من اصلها ضرر بالبايع بان كان بقرب حايطه
او علي حافة نهره فيخاف الخلل علي الحايط او الشق في النهر فقطعها علي وجه
الارض دون اصلها لان الضرر لا يستحق بالعقد فان قلع او قطع ثم نبت من اصلها

م واما ان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا للقلع صح

او عروقها شجرة اخري فهي للبايع لا للمشتري لانه رضي ان يكون المبيع
القدر المقطوع فيكون الباقي للبايع الا اذا قطع من اعلي الشجرة
فالنابت يكون للمشتري لانه نما ملكه وان اشتراها بقرارها من الارض
للترك لا للقلع دخل فيه ارضها ولا يجبر علي القلع لانه ملك الشجرة
مع موضعها فلم يكن ملك البايع مشغولا به فلا يملك اجباره علي القلع
وله ان يغرس مكانها اخري لانه يغرس في ملك نفسه واما اذا اشتراها
من غير شرط القلع والترك لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وذكر في غير رواية
الاصول اختلافا بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فقال علي قياس
قول ابي يوسف لا تدخل الارض في البيع وعلي قول محمد تدخل وجه
قول محمد ان المسمي في البيع هو الشجرة وهي اسم للقايم علي ارضها بعروقها
فاما بعد القلع فهي خشب لا شجر فلا بد وان تدخل الارض فيه ولهذا
دخلت في الاقرار بالاجماع بان اقر لرجل بشجر في ارضه حتي كانت الشجرة
مع ارضها للمقر له فكذا هذا ولابي يوسف رحمه الله ان الارض اصل والشجرة
تابعة لها الا تري انها تدخل في بيع الارض من غير شرط تبعا للارض فلو
دخلت في بيع الشجرة لاستتبع التبع الاصل وهذا قلب الحقيقة وانما دخلت
في الاقرار لان الاقرار اخبار عن كاين فلا بد من كون سابق علي الاقرار وهو
قيامها في الارض التي هي قرارها وذلك دليل كون الارض للمقر له بسبب
سابق فكان الاقرار بكون الشجرة له اقرارا بكون الارض له ايضا ومثل
هذه الدلالة لم توجد في البيع فلا تدخل والله اعلم ولو اشتري صدفة
فوجد فيها لولوة فهي للمشتري لانها تتولد من الصدف بمنزلة البيضة
تتولد من الدجاجة فكان بمنزلة اجزايها فتدخل في بيعها كما تدخل
البيضة في بيع الدجاجة وكذلك اذا اشتري سمكة فوجد فيها لولوة
لان السمكة تاكل الصدفة فصار كما لو اشتري سمكة فوجد فيها سمكة
اخري ان الثانية تكون له ولو اشتري دجاجة فوجد فيها لولوة
فهي للبايع لان اللولوة لا تتولد من الدجاج ولا هو من علفها فلا تدخل
في بيعها وروي عن ابي يوسف ان كل شي يوجد في حوصلة الطير ان
كان مما ياكله الطير فهو للمشتري لانه يكون بمنزلة العلف له وان
كان مما لا ياكله الطير فهو للبايع وعلي هذا يخرج ما اذا باع رقيقا وله مال
ان ماله لا يدخل في البيع ويكون للبايع الا ان يشترطه المبتاع لما روي

م بالشجرة م

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبايع
الا ان يشترط المبتاع وهذا نص في الباب ولان العبد وما في يده لمولاه لانه
مملوك لا يقدر على شي والمولى باع ما في يد العبد لان الداخل تحت البيع
هو العبد فلا يدخل في بيعه ما ليس منه والقياس ان لا تدخل ثياب بدنه
كما لا يدخل اللجام والسرج والعذار في بيع الدابة لما قلنا لكنهم استحسنوا
في ثياب البذلة والمهنة وهي التي يلبسها في اليوم والليلة لتعامل الناس
وتعارفهم واما الثياب النفيسة التي لا يلبسها الا عند العرض للبيع فلا
تدخل في البيع لانعدام التعارف فيرد ذلك فيبقى على اصل القياس وهذا
مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم في كل بلد فيبنى الامر فيه
على ذلك وكذا لو اعتق عبده على مال فماله لمولاه لما قلنا وكذا لو اعتق
مدبره او ام ولده لانه مملوك مرقوق فلا يكون له مال ولو كاتب عبده
فما كان له من المال وقت الكتابة يكون لمولاه لانه كسب القن وما
اكتسب بعد الكتابة يكون له لانه كسب المكاتب وانه حر يدا فكان
كسبه له والله اعلم ومنها ان يكون مقدور التسليم من غير ضرر اي الشروط
يلحق البايع فان لم يمكن تسليمه الا بضرر يلزمه فالبيع فاسد لان الضرر
لا يستحق بالعقد ولا يلزمه بالتزام العاقد الا ضرر تسليم المعقود
عليه فاما ما وراءه فلا وعلى هذا يخرج ما اذا باع جذعا له في سقف
او آجرا له في حايط او ذراعا من ديباج او كرباس انه لا يجوز لانه لا
يمكن تسليمه الا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبايع والضرر غير
مستحق بالعقد فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعا
فيكون فاسدا فان نزعه البايع او قطعه وسلمه الى المشتري قبل ان
يفسخ المشتري البيع جاز البيع حتى يجبر المشتري على الاخذ لان المانع
من الجواز ضرر البايع بالتسليم فاذا سلم باختياره ورضاه فقد زال
المانع فجاز البيع ولزم فرق بين هذا وبين الالية في الشاة والجذع والنوى بيع صح
في التمر والزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة والبزر في البطيخ
الصحيح ونحوها انه لا ينعقد اصلا حتى لو سلم لم يجز وقد ذكرنا البيع الفاسد
وجه الفرق فيما تقدم والاصل المحفوظ ان ما لا يمكن تسليمه الا باصل ص
بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت الخلقة فبيعه باطل وما لا يمكن
تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد الا ان يقطع

باختياره

باختياره ويسلم فيجوز والقياس على هذا الاصل ان يجوز بيع الصوف على ظهر
الغنم لانه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزمه بالجز الا انهم استحسنوا عدم
الجواز بالنص وهو ما روينا عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه ... ولان الجز اصله لا يخلو عن الاضرار بالحيوان
وموضع الجز فيما فوق ذلك غير معلوم فيجري فيه المنازعة فلا يجوز
ولو باع حلية سيف فان كان يتخلص من غير ضرر يجوز وان كان لا يتخلص
الا بضرر فالبيع فاسد الا اذا فصل وسلم وعلى هذا بنا بين رجلين
والارض لغيرهما فباع احدهما نصيبه من البنا لغير شريكه لم يجز لانه
لا يمكنه تسليمه الا بضرر وهو نقض البنا وكذا زرع بين رجلين او
ثمار بينهما في ارض لهما حق الترك فيها الى وقت الادراك فباع احدهما
نصيبه قبل الادراك لم يجز لانه لا يمكنه تسليمها الا بضرر صاحبه
لانه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ولو باع بعد الادراك جاز
لانعدام الضرر وكذلك اذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع شايعا صح نصف
لم يجز لانه لا يمكنه تسليمه الا بقطع الكل وفيه ضرر ولو كان بعد
الادراك جاز لانعدام الضرر دار او ارض بين رجلين مشاع غير
مقسوم فباع احدهما بيتا منها بعينه قبل القسمة او باع قطعة من
الارض بعينها قبل القسمة لم يجز لا في نصيبه ولا في نصيب صاحبه
اما في نصيبه خاصة فظاهر واما في نصيب صاحبه فلان فيه اضرارا م لعله اما في نصيب صاحبه فظاهر واما في نصيبه صح م جميع ح
بصاحبه باحداث زيادة شركة ولو باع نصيبه شريكه من الدار والارض
جاز لانه لم يحدث زيادة شركة وانما قام المشتري مقام البايع ولو
باع اللولوة في الصدف ذكر الكرخي انه لا يجوز لانه لا يمكن تسليمه الا بيع اللولو في الصدف
بشق الصدف وانه ضرر فيما وراء المعقود فصار كبيع الجذع في السقف
وروي عن ابي يوسف انه لا يجوز لانه لا يتضرر بشق الصدف لان
الصدف لا ينتفع به الا بالشق ولو باع قفيزا من هذه الصبرة او عشرة
دراهم من هذه النقرة جاز لانه لا يتضرر بالتفصيل والتمييز وكذلك
اذا باع الفوايم على رؤس الاشجار او باع الثمار على رؤس الاشجار بشرط
القطع او مطلقا جاز لما قلنا وكذا لو باع بنا الدار دون العرصة او الاشجار
القايمة على الارض دون الارض او الزروع او البقول القايمة قبل الجذاذ
انه يجوز لانه يمكنه تسليم هذه الاشيا من غير ضرر والله اعلم ومنها

الشروط الفاسدة

الشرا بشرط انها حامل

الخلو عن الشروط الفاسدة وهي انواع منها شرط في وجوده غرر نحو ما
اذا اشترى ناقة على انها حامل لان المشروط يحتمل الوجود والعدم ولا
يمكن الوقوف عليه للحال لان عظم البطن والتحرك يحتمل ان يكون لعارض
دا او غيره فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع لما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع فيه غرر والمنهي عنه فاسد وروي
الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان البيع بهذا الشرط جايز لان كونها
حاملا بمنزلة كون العبد كاتبا او خياطا ونحو ذلك فكذا هذا ولو
اشترى جارية على انها حامل لا رواية فيه عن اصحابنا واختلف المشايخ
فيه قال بعضهم لا يجوز البيع قياسا على البهايم واليه اشار محمد رحمه الله
في البيوع فانه قال لو باع ونبرا من حملها جاز البيع وليس هذا كالشرط
يشير الى ان شرط الحبل فيه مفسد وقال بعضهم يجوز لان الحبل في
الجواري عيب بدليل انه لو اشترى جارية فوجدها حاملا له ان يرد
وكان ذكر الحبل في الجواري ابراء عن هذا العيب بخلاف البهايم لان الحبل
فيها زيادة الا ترى انه لو اشترى بهيمة فوجدها حاملا ليس له حق
الرد وكان ذكر الحبل فيها شرطا في وجوده غرر فيفسد البيع وبعضهم
فصل فيه تفصيلا فقال ان اشتراها ليتخذها ظيرا فالبيع فاسد
لانه شرط زيادة في وجودها خطر وهي مجهولة ايضا فاشبه اشتراط
الحبل في بيع الناقة وان لم يرد بالشرا ذلك جاز البيع لان ذكره يكون
يكون ابراء عن هذا العيب على ما بينا ولو اشترى ناقة وهي حامل على انها
تضع حملها الى شهر او الى شهرين فالبيع فاسد لان في وجود هذا الشرط غررا
غررا وكذا لو اشترى بقرة على انها تحلب كذا كذا رطلا لما قلنا ولو اشترى
على انها حلوبة لم يذكر هذا في ظاهر الروايات وروي الحسن عن ابي
حنيفة انه يجوز وهو قياس روايته في شرط الحبل ووجهه ان شرط
كونها حلوبة شرط زيادة صفة فاشبه شرط الطبخ والخبز في الجواري
وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله انه لا يجوز وهو اختيار
الكرخي ووجهه ان هذا شرط زيادة فيجري في وجودها غرر وهو
مجهول وهو اللبن فلا يصلح شرطا في البيع وكونها حلوبة ان كان
صفة لها لكنها لا توصف به الا بوجود اللبن وفي وجوده غرر
وجهالة على ما ذكرنا فيوجب فساد البيع ولو اشترى بقرة على انها

لبون

شرط حمـ(ل) ... صح

وظاهر قوله وليس هذا كالشرط

في ع

في المجرد م

لبون ذكر الطحاوي ان هذا الشرط لا يفسد البيع والجواب فيه كالجواب
في الحلوبة والله اعلم ولو اشترى قمرية على انها تصوت او طيرا على
انه يجي من مكان بعيد او كبشا على انه نطاح او ديكا على انه مقاتل
فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وهو احدى الروايتين عن محمد لانه
شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لانه لا يحتمل الجبر عليه فصار
كشرط الحبل ولان هذه صفة يتلهى بها عادة والتلهي محظور فكان
هذا شرطا محظورا فيوجب فساد البيع وروي عن محمد انه اذا باع قمرية
على انها تصوت فاذا صوتت جاز البيع لانها لما صوتت علم انها
مصوتة فلم يتحقق غرر وعلى هذه الرواية قال في المحرم اذا قتل قمرية
مصوتة انه يضمن قيمتها مصوتة ولو اشترى جارية على انها مغنية
على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد لان التغنية صفة محظورة لكونها
لهوا فشرطها في البيع يوجب فساده ولو اشترى جارية على انها مغنية
على وجه اظهار العيب جاز البيع لان هذا بيع بشرط البراة عن هذا
العيب فصار كما لو اشترى على انه معيب فوجده سليما ولو اشترى
كلبا او فهدا على انه معلم قال ابو يوسف يجوز البيع وهو احدى الروايتين
عن محمد لان هذا شرط يمكن الوقوف عليه بان ياخذ الصيد فيمسك على
صاحبه وذا ليس بشرط محظور لان تعليم الكلب والاصطياد به مباح
فاشبه شرط الكتابة في العبد والطبخ في الجارية وروي عن محمد ان
البيع فاسد لانه شرط فيه غرر اذ لا يمكن الوقوف عليه الا بالاصطياد
والجبر عليه غير ممكن ولو اشترى برذونا على انه هملاج فالبيع جايز
لانه شرط يمكن الوقوف عليه بالتسيير فلم يكن في وجوده غرر ولا
خطر ايضا وان شيت افردت لجنس هذه المسايل شرطا على حدة
وخرجتها فقلت ومنها ان لا يكون المشروط محظورا فافهم
ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبايع او للمشتري او
للمبيع ان كان من بني ادم كالرقيق وليس بملايم للعقد ولا مما جرى به
التعامل بين الناس نحو ما اذا باع دارا على ان يسكنها البايع شهرا
ثم يسلمها اليه او ارضا على ان يزرعها سنة او دابة على ان يركبها شهرا
او ثوبا على ان يلبسه اسبوعا او على ان يقرضه المشتري قرضا او على
ان يهب له هبة او يزوج ابنته منه او يبيع منه كذا او نحو ذلك او اشترى

فصار كما لو باعها بشرط البراه عن عيب احرفان وجدها لا تغني لا خيار له لان عدم الغنا في الجواري عيب

ثوبا على ان يخيطه البايع قميصا او حنطة على ان يطحنها او ثمرة على ان يجذها
او شيا له حمل ومونة على ان يحمله البايع الى منزله ونحو ذلك فالبيع
في هذا كله فاسد لانها زيادة منفعة مشروطة في البيع فيكون ربا لانها
زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا والبيع الذي فيه
ربا فاسد وفيه شبهة الربا وانها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما
نقرره ان شا الله تعالى وكذا لو باع جارية على ان يدبرها المشتري
او على ان يستولدها فالبيع فاسد لانه شرط فيه منفعة للبيع وانه
مفسد وكذا اذا باعها بشرط ان يعتقها المشتري فالبيع فاسد في ظاهر
الرواية عن اصحابنا وروي الحسن عن ابي حنيفة انه جايز وبه اخذ
الشافعي رحمه الله ووجه هذه الرواية ان شرط الاعتاق مما يلايم
العقد لان الاعتاق انها الملك وانها الملك تقرير له فكان ملايما والدليل
على ان الاعتاق انها الملك ان البيع ثبت مقتضى العقد الامر بالاعتاق
في قول الرجل اعتق عبدك عني على الف درهم فاعتق حتى يقع العتق
عن الامر ولا عتق الا بالملك ولا ملك الا بالتمليك فلو كان الاعتاق
ازالة الملك لما تصور وجود الاعتاق مقتضاه لانه ضده واذا كان
انها الملك كان تقريرا له فكان ملايما للعقد فلا يوجب فساده ولظاهر
الرواية وجهان احدهما يعم الكل والثاني يخص ابا حنيفة
اما الاول فهو ان شرط الاعتاق شرط لا يلايمه العقد لان العقد
يقتضي الملك والملك يقتضي اطلاق التصرف في المملوك تحصيلا وتركا
وشرط الاعتاق يقتضي الاستحقاق واللزوم لا محالة فلا يلايمه بل
يضاده واما الثاني فلان هذا الشرط يلايم العقد من وجه ولا
يلايمه من وجه وهذا يوجب الفساد على ما نذكر تقريره ثم اذا باع
بهذا الشرط فاعتقه المشتري انقلب العقد جايزا بالاعتاق عند
ابي حنيفة استحسانا حتى يجب على المشتري الثمن سوا اعتقه بعد
القبض او قبله هكذا روى ابن شجاع عن ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد لا ينقلب جايزا حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس وهكذا
روي ابو يوسف عن ابي حنيفة ووجهه ظاهر لان البيع وقع فاسدا من
حين وجوده وبالاعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر لانه انها الملك
وانه تقرير فيوجب تقرر الفساد والفاسد يفيد الملك

او رطبة قائمة على النخل على ان يجذها صح

والشيء لا يقتضي ضده م

117

بالقيمة لا بالثمن ولهذا لو هلك العبد في يده قبل الاعتاق تلزمه القيمة فكذا
لو باعه من رجل او وهبه فعليه قيمته كذا ههنا ولابي حنيفة رحمه الله ما
ذكرنا ان شرط الاعتاق يلايم العقد من وجه ولا يلايمه من وجه لانه
انها من وجه وازالة من وجه فمن حيث انه انها كان يلايمه لانه تقرير
لكن من حيث انه ازالة لا يلايمه لانه تغيير موجب العقد فيجب العمل
بالشبهين فعملنا بشبهة الازالة فقلنا بفساد العقد في الابتدا وعملنا بشبهة
الانها فقلنا بجوازه في الانتها عملا بالشبهين بقدر الامكان فان قيل
لم لا يعمل بهما على القلب مما قلتم قيل لانه مما لا يمكن لانا لم نجد جايزا
انقلب فاسدا في اصول الشريعة او وجدنا فاسدا انقلب جايزا كما في بيع
الرقم ونحوه بخلاف ما اذا باع او وهب لان ذلك ليس انها الملك وبخلاف
ما اذا باع بشرط التدبير او الاستيلاد فدبرها المشتري او استولدها ان
البيع لا ينقلب الى الجواز لان التدبير والاستيلاد لا يوجبان انها الملك
بيقين لاحتمال قضا القاضي بجواز بيع المدبر وبجواز بيع ام الولد في الجملة
فكان ذلك شرطا لا يلايم العقد اصلا فاوجب لزوم الفساد والله اعلم
وكذا لو باع عبدا او جارية بشرط ان لا يبيعه وان لا يهبه ولا يخرجه
عن ملكه فالبيع فاسد لان هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة
عن تداول الايدي فيكون مفسدا للبيع فاما فيما سوى الترقيق كما
اذا باع ثوبا على ان لا يبيعه المشتري او لا يهبه او دابة على ان لا يبيعها او لا يهبها
او طعاما على ان ياكله ولا يبيعه ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع
فانه قال لو شرط احد المزارعين في المزارعة على ان لا يبيع الاخر نصيبه
ولا يهبه فالمزارعة جايزة والشرط باطل وهكذا روي الحسن في المجرد
عن ابي حنيفة وفي الاملاء عن ابي يوسف ان البيع بهذا الشرط فاسد
ووجهه انه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولا جرى به التعارف
بين الناس فيكون مفسدا كما في ساير الشرايط المفسدة والصحيح ما ذكر في
المزارعة لان هذا شرط لا منفعة فيه لاحد فلا يوجب الفساد وهذا لان فساد
البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة
في العقد لا يقابلها عوض ولم توجد في هذا الشرط لانه لا منفعة فيه
لاحد الا انه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يوثر في العقد فالعقد جايز
والشرط باطل لان شرط المضرة لا يوثر في البيع على ما ذكرنا ولو باع جارية

ف

ولو باع ثوبا على ان لا يخرجه المشتري او دارا على ان لا يغرسها فالبيع جايز والشرط باطل صح

علي ان لا يطاها المشتري ذكر في الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد اختلافا
ولم يذكر قول ابي حنيفة فقال البيع فاسد والشرط باطل عند ابي يوسف
وعند محمد البيع جايز والشرط باطل ولو باع بشرط ان يطاها فالبيع
جايز والشرط في قولهم جميعا وروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان البيع فاسد
في الموضعين جميعا وجه قول محمد ان هذا شرط لا منفعة فيه لاحد
فلا يوثر في فساد البيع كما اذا باع ما سوي الرقيق على ان لا يبيع او لا يهب
الا انه نوع مضرة للمشتري فكان باطلا والبيع صحيحا وجه قول ابي يوسف
ان هذا شرط يخالف مقتضي العقد لان حل الوطي امر يقتضيه العقد وهذا
الشرط ينفيه بخلاف ما اذا باع بشرط ان يطاها لان ذاك شرط يقرر
مقتضي العقد لان اباحة الوطي مما يقتضيه العقد ولابي حنيفة على
ما روي عنه ان شرط الوطي مما لا يقتضيه العقد ايضا بل ينفيه لان البيع
يقتضي الحل لا الاستحقاق ولان قضية الشرط الاستحقاق واللزوم وهما
مما لا يقتضيه العقد بل ينفيه والله اعلم واما الشرط الذي يقتضيه
العقد فلا يوجب فساده كما اذا اشتري بشرط ان يتملك المبيع او باع
بشرط ان يتملك الثمن او باع بشرط ان يحبس المبيع او اشتري على ان
يتسلم المبيع او اشتري جارية على ان تخدمه او دابة على ان يركبها او
ثوبا على ان يلبسه او حنطة في سنبلها وشرط الحصاد على البايع ونحو
ذلك فالبيع جايز لان البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط
فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا لمقتضي العقد فلا يوجب فساد
العقد ولو اشتري شيا بشرط ان يوفيه في منزله فهذا لا يخلو اما
ان يكون المشتري ومنزله في المصر واما ان يكون احدهما في المصر
والاخر خارج المصر فان كان كلاهما في المصر فالبيع بهذا الشرط جايز
عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا الا اذا كان في تصحيح هذا الشرط
تحقيق الربا كما اذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط احدهما على صاحبه الايفا
في منزله وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس لانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشتري فاشبه ما اذا اشتري بشرط
الحمل الي منزله او شرط الايفا في منزله واحدهما في المصر والاخر خارج المصر
ولهما ان الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط اذا كان المشتري في المصر
فتركنا القياس لتعامل الناس ولا تعامل فيما اذا لم يكونا في المصر ولا في

شرطا

118

البيع بشرط اعطا الرهن

شرط الحمل الي المنزل فعملنا بالقياس فيه وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه
العقد لكنه ملايم للعقد لا يوجب فساد العقد ايضا لانه مقرر لحكم العقد
من حيث المعني موكد اياه على ما نذكر فيلحق بالشرط الذي هو من
مقتضيات العقد وذلك نحو ما اذا باع على ان يعطيه المشتري بالثمن
رهنا او كفيلا والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل وجملة الكلام في البيع
بشرط اعطا الرهن ان الرهن لا يخلو اما ان يكون معلوما واما ان يكون مجهولا
فان كان معلوما فالبيع جايز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الشرط الذي
يخالف مقتضي العقد مفسد في الاصل وشرط الرهن والكفالة مما يخالف
مقتضي العقد فكان مفسدا الا انا استحسنا الجواز لان هذا الشرط لو كان
مخالفا مقتضي العقد صورة فهو موافق له معني لان الرهن في الرهن بالثمن
شرع توثيقا للثمن وكذا الكفالة فان حق البايع يتاكد بالرهن والكفالة
فكان كل واحد منهما مقررا لمقتضي العقد معني فاشبه اشتراط صفة
الجودة للثمن وانه لا يوجب فساد العقد فكذا هذا ولو قبل المشتري
المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن لا يجبر على التسليم عند
اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجبر عليه وجه قوله ان الرهن اذا شرط
في البيع فقد صار حقا من حقوقه والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر
عليه ولنا ان الرهن عقد تبرع في الاصل واشتراطه في البيع لا يخرجه
عن ان يكون تبرعا والجبر على التبرع ليس مشروعا فلا يجبر عليه ولكن
يقال له اما ان تدفع الرهن او قيمته او تودي الثمن او يفسخ البايع البيع
لان البايع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه الا بوثيقة الرهن او بقيمته لان
قيمته تقوم مقامه ولان الدين يستوفي من مالية الرهن وهي قيمته واذا
ادي الثمن فقد حصل المقصود فلا معني للفسخ ولو امتنع المشتري من
هذه الوجوه فللبايع ان يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض وان كان
الرهن مجهولا فالبيع فاسد لان جواز هذا الشرط مع ان القياس ياباه لكونه
ملايما للعقد مقررا لمقتضاه معني لحصول معني التوثق والتاكد للثمن فلا
يحصل ذلك الا بالتسليم وانه لا يتحقق في المجهول ولو اتفقا على تعيين رهن
في المجلس جاز البيع لان المانع هو جهالة الرهن وقد زال فكانه كان معلوما
معينا من الابتدا لان المجلس له حكم حالة واحدة وان افترقا عن المجلس تقرر
الفساد وكذا اذا لم يتفقا على تعيين الرهن ولكن المشتري نقد الثمن

جاز البيع ايضا لان المقصود من الرهن الوصول الي الثمن وقد حصل فسقط
اعتبار الوثيقه وكذلك البيع بشرط اعطا الكفيل ان الكفيل ان كان حاضرا
في المجلس وقبل جاز البيع استحسانا وان كان غايبا فالبيع فاسد وكذا اذا
كان حاضرا ولم يقبل لان الجواز علي مخالفة القياس يثبت لمعني التوثيق
وتوكيد الثمن لما فيه من تفويت موجب العقد علي ما بينا فاذا كان
الكفيل غايبا او حاضرا ولم يقبل لم تصح الكفالة فلم تحصل معني التوثق
فبقي الحكم علي ما يقتضيه القياس وكذا اذا كان الكفيل مجهولا فالبيع
فاسد لان كفالة المجهول لا تصح ولو كان الكفيل معينا وهو غايب ثم حضر
وقبل الكفالة في المجلس جاز البيع لانه جازت الكفالة بالقبول في المجلس
وان حضر بعد الافتراق تاكد الفساد ولو شرط المشتري علي البايع ان
يحيله بالثمن علي غريم من غرمايه او علي ان يضمن الثمن لغريم من غرما البايع
فالبيع فاسد لان شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط
الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الاصل الا اذا كان فيه تقرير موجب
العقد وتاكيد والحوالة ابرا عن الثمن واسقاط له فلم يكن ملايما للعقد
بخلاف الكفالة والرهن والله اعلم وكذلك اذا كان مما لا يقتضيه العقد
ولا يلايم العقد ايضا لكن للناس فيه تعامل فالبيع جايز كما اذا اشتري
نعلا علي ان يحذوه البايع او جرابا علي ان يخرزه البايع له خفا او ينعل خفه
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وجه القياس ان هذا شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين وانه مفسد كما اذا اشتري ثوبا
بشرط ان يخيطه البايع له قميصا ونحو ذلك ولنا ان الناس تعاملوا
هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس
كما سقط في الاستصناع ولو اشتري جارية علي انها بكر او طباخة او
خبازة او غلاما علي انه كاتب او خياط او باع عبدا بالف درهم علي انها
صحاح او علي انها جياد نقد بيت المال او اشتري علي انها موجلة فالبيع
جايز لان المشروط صفة للمبيع او الثمن صفة محضة لا يتصور انفلاتها
اصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ولو كان موجودا عند العقد يدخل
فيه من غير تسمية وانها صفة مرغوب فيها لا علي وجه التلهي
والمشروط اذا كان هذا سبيله كان من مقتضيات العقد واشتراط شرط
يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد كما اذا اشتري بشرط التسليم وملك

المبيع

119

البيع والانتفاع به ونحو ذلك بخلاف ما اذا اشتري ناقة علي انها حامل
ان البيع يفسد في ظاهر الرواية لان الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح
شرطا وكون الناقة حاملا ان كان صفة لها لكن لا تحقق له الا بالوضع وهو
عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول فاوجب ذلك فساد البيع ويخرج
على هذا ايضا ما ذكرنا من المسايل اذا اشتري ناقة علي انها تحلب كذا كذا
رطلا او علي انها حلوبة او علي انها لبون ان البيع بهذه الشروط فاسد
لان المشروط في هذه المواضع عين فلا يصلح شرطا وعلي هذا ايضا يخرج
ما اذا اشتري جارية علي انها مغنية علي سبيل الرغبة فيها لان جهة الغنا
جهة التلهي فاشتراطها في البيع يوجب الفساد وكذلك اذا اشتري
قمرية علي انها تصوت او طوطيا علي انه يتكلم او حمامة علي انها تجي من
مكان بعيد او كبشا علي انه نطاح او ديكا علي انه مقاتل لان هذه الجهات
كلها جهات التلهي بخلاف ما اذا اشتري كلبا علي انه معلم او اشتري دابة
علي انها هملاج لانه صفة لا خطر فيها بوجه والله الموفق ويجوز
البيع بشرط البراة عن العيب عندنا سوا عم العيوب كلها بان قال بعت
علي اني بري من كل عيب او خص بان سمي جنسا من العيوب وقال الشافعي
ان خص صح وان عم لا يصح واذا لم يصح الابرا عنه هل يصح العقد له فيه
قولان في قول يبطل العقد ايضا وفي قول يصح العقد ويبطل الشرط وعلي
هذا الخلاف الابرا عن الحقوق المجهولة ولو شرط علي اني بري من
العيب الذي يحدث روي عن ابي يوسف ان البيع بهذا الشرط فاسد
وجه قول الشافعي ان الابرا عن كل عيب ابرا عن المجهول فلا يصح ولا
شك انه ابرا عن المجهول والدليل علي ان الابرا عن المجهول غير صحيح ان
الابرا اسقاط فيه معني التمليك بدليل انه يرتد بالرد وهذا اية
التمليك اذ الاسقاط لا يحتمل ذلك وتمليك المجهول لا يصح كالبيع ونحوه
ولنا ان الابرا وان كان فيه معني التمليك لكن الجهالة لا تمنع صحة التمليك
لعينها بل لافضايها الي المنازعة الا تري انها لا تمنع في موضع لا يفضي الي
المنازعة كما اذا باع قفيزا من هذه الصبرة او عشرة دراهم من هذه النقرة
وهذا النوع من الجهالة ها هنا لا يفضي الي المنازعة لان قوله كل عيب
يتناول العيوب كلها فاذا سمي جنسا من العيوب لا جهالة اصلا مع ان
التمليك في الابرا يثبت ضمنا وتبعا للاسقاط لان اللفظ ينبي عن الاسقاط

البيع بشرط البراة من كل عيب

بلغ

لا عن التمليك فيعتبر التصرف اسقاطا لا تمليكا والجهالة لا تمنع صحة الاسقاطات
والدليل على جواز الابراء عن الحقوق المجهولة ما روي ان رجلين اختصما الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم في مواريث قد درست فقال لهما استهما وتوخيا الحق
وليحلل كل منكما صاحبه وعلى هذا اجماع المسلمين من استحلال معاملاتهم بيع الثمر على الشجر
في اخر اعمارهم في ساير الاعصار من غير انكار واما بيع الثمر على الشجر بعد
ظهوره وبيع الزرع في الارض بشرط الترك فجملة الكلام فيه انه لا يخلو
اما ان كان لم يبد صلاحه بعد بان صار منتفعا به بوجه من الوجوه واما
ان كان قد بدا صلاحه وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون بشرط القطع او مطلقا
او بشرط الترك حتى يبلغ فان كان لم يبد صلاحه فباع بشرط القطع
جاز وعلى المشتري ان يقطع للحال وليس له ان يترك من غير اذن البايع ومن
مشايخنا من قال لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه وهو خلاف ظاهر الرواية
على ما ذكرنا ولو باع مطلقا عن شرط جاز ايضا عندنا وعند الشافعي رحمه
الله لا يجوز وجه قوله ان المطلق ينصرف الى المتعارف والمتعارف
هو الترك فكان هذا بيعا بشرط الترك دلالة فصار كما لو الترك نصا شرط م
ولنا ان الترك ليس بمشروط نصا اذ العقد مطلق عن الترك الشرط
اصلا فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل خصوصا اذا كان في
التقييد فساد العقد وان اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالاجماع
لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين ولا يلايم
العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد
للبيع لما ذكرنا ولانه لا يتمكن من الترك الا باعارة الشجرة والارض وهما
ملك البايع فصار بشرط الترك شارطا الاعارة فكان شرطه صفقة في
صفقة وانه منهي هذا اذا لم يبد صلاحه وكذا اذا بدا صلاحه
فباع بشرط القطع او مطلقا فاما اذا باع بشرط الترك فان لم يتناه
عظمه فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز بلا خلاف لما قلنا وان كان قد تناهى عظمه فالبيع فاسد م
استحسانا لتعارف الناس وتعاملهم ذلك ولهما ما ذكرنا ان شرط
الترك شرط فيه منفعة للمشتري والعقد لا يقتضيه وليس بملايم
للعقد ايضا ومثل هذا الشرط يكون مفسدا كما اذا اشترى حنطة على ان
يتركها في دار البايع شهرا قوله الناس تعاملوا ذلك قلنا دعوى تعامل
الناس شرط الترك في البيع ممنوعة وانما التعامل في المسامحة بالترك

من غير

من غير شرط في عقد البيع ولو اشترى مطلقا عن شرط فتركه فان كان قد تناهى
عظمه ولم يبق الا النضج لم يتصدق بشي سوا تركه باذن البايع او بغير اذنه
لانه لا يزداد بعد التناهي وانما يتغير الى حالة النضج وان كان لم يتناه عظمه
ينظر ان كان الترك باذن البايع جاز وطاب له الفضل وان كان بغير اذنه
تصدق بما زاد في ذاته على ما كان عند العقد لان الزيادة حصلت بجهة محظورة
فاوجبت خبثا فيها فكان سبيلها التصدق فان استاجر المشتري من البايع
الشجر للترك الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الترك حصل باذن البايع
ولكن لا تجب الاجرة لان هذه الاجارة باطلة لان جوازها ثبت على مخالفة القياس
الناس م لتعامل فما لم يتعاملوا فيه لا تصح فيه الاجارة ولهذا لم تصح اجارة الاشجار
لتجفيف الثياب واجارة الاوتاد لتعليق الاشيا عليها واجارة الكتب للقراة
ونحو ذلك حتى لم تجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو اخرجت الشجرة في مدة
الترك ثمرة اخرى فهي للبايع سوا كان الترك باذنه او بغير اذنه لانه نما
ملك البايع فتكون له ولو حللها له البايع جاز وان اختلط الحادث بعد
العقد بالموجود عنده حتى لا يعرف ينظر ان كان قبل التخلية بطل البيع لان
المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط للجهالة وتعذر التمييز فاشبه العجز
عن التسليم بالهلاك وان كان بعد التخلية لم يبطل لان التخلية قبض وحكم
البيع يتم وينتهي بالقبض والثمر يكون بينهما لاختلاط ملك احدهما
بالاخر اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما فكان الكل مشتركا بينهما والقول قول
المشتري في المقدار لانه صاحب يد لوجود التخلية وكان الظاهر شاهدا له
فكان القول قوله ولو اشترى ثمرة بدا صلاح بعضها دون بعض بان ادرك
البعض دون البعض بشرط الترك فالبيع فاسد على اصلهما لانه لو كان ادرك
الكل فاشتراها بشرط الترك فالبيع فاسد عندهما فبعد ادراك البعض اولى
واما على اصل محمد وهو اختيار العادة فان كان صلاح الباقي متقاربا جاز لان
العادة في الثمار ان لا يدرك الكل دفعة واحدة بل يتقدم ادراك البعض على البعض
ويلحق بعضها بعضا فصار كانه اشتراها بعد ادراك الكل ولو كان كذلك لصح
الشرا عنده بشرط الترك كذا هذا وان كان يتاخر ادراك البعض عن البعض
تاخرا فاحشا كالعنب ونحوه يجوز البيع فيما ادرك ولا يجوز فيما لم يدرك
لان عند التاخر الفاحش يلتحقان بجنسين مختلفين والله اعلم ومنها
شرط الاجل في المبيع العين والثمن العين وهو ان يضرب لتسليمها اجل

لان القياس يابى جواز التاجيل اصلا لانه يغير مقتضى العقد لانه عقد معاوضة
تمليك وتسليم بتسليم والتاجيل ينفي وجوب التسليم للحال فكان مغيرا — تمليك
مقتضى العقد الا انه شرط نظرًا لصاحب الاجل لضرورة العدم توفيها له
وتمكينا من اكتساب الثمن في المدة المضروبة ولا ضرورة في الاعيان فبقي
التاجيل فيها تغييرا محضا لمقتضى العقد فيوجب فساد العقد ويجوز في المبيع
الدين وهو السلم بل لا يجوز بدونه عندنا على ما نذكره في موضعه ان شا الله
تعالى وكذا يجوز في الثمن الدين وهو بيع الدين بالدين لان التاجيل يلائم
الديون ولا يلائم الاعيان لمساس حاجة الناس اليه في الديون لا في الاعيان
على ما بينا ومنها شرط خيار مؤبد في البيع ومنها شرط خيار موقت بوقت
مجهول جهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجي المطر وقدوم فلان وموت فلان
ونحو ذلك او متقاربة كالحصاد والدياس وقدوم الحاج ونحوها ومنها
شرط خيار غير موقت اصلا والاصل فيه ان شرط الخيار يمنع انعقاد العقد
في حق الحكم للحال فكان شرطا مغيرا مقتضى العقد وانه مفسد للعقد
في الاصل وهو القياس الا انا عرفنا جوازه استحسانا بخلاف القياس بالنص
وهو ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في التجارات فقال له اذا بايعت — فشكى اهله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام فبقي ما وراء المنصوص عليه على اصل القياس

شرط الخيار

ومنها شرط خيار موقت بالزايد على ثلاثة ايام عند ابي حنيفة وزفر
رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد هذا الشرط ليس بمفسد واحتجا
بما روي ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما شرط الخيار شهرين ولان النص
الوارد في خيار ثلاثة ايام معلول بالحاجة الى دفع الغبن بالتامل والنظر
وهذا لا يوجب الاقتصار على الثلاث كالحاجة الى التاجيل ولابي حنيفة
ان هذا الشرط في الاصل مما يأباه القياس والنص اما القياس فما ذكرنا انه
شرط يغير مقتضى العقد ومثل هذا هذا الشرط مفسد في الاصل واما — للعقد صح
النص فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وهذا
بيع الغرر لانه تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار الا انه ورد نص
خاص بجوازه فيتبع مورد النص وانه ورد بثلاثة ايام فصار ذلك
مخصوصا عن النص العام وترك القياس فيعمل بعموم النص ومقتضى القياس
فيما وراه والعمل بقول سيد البشر اولى من العمل بقول عبد الله بن عمر
وقولهما النص معلول بالحاجة الى دفع الغبن قلنا لو كان كذلك فالثلاث

مدة صالحة لدفع الغبن لكونها صالحة للتامل وما وراء ذلك لا نهاية له واما
شرط خيار موقت بالثلاث فما دونها فليس بمفسد استحسانا لحديث
حبان بن منقذ ولمساس الحاجة اليه لدفع الغبن والتدارك عند اعتراض
الندم وسوا كان الشرط للعاقد او لغيره بان شرط الخيار لثالث عند اصحابنا
الثلاثة وقال زفر لا يجوز شرط الخيار لغير العاقد وجه قوله ان اشتراط
الخيار للعاقد مع ان القياس يأباه ثبت بالنص فبقي اشتراطه لغيره على اصل
القياس ولنا ان النص معلول بالحاجة الى التامل لدفع الغبن والناس
يتفاوتون في البصارة بالسلع فمن الجائز ان يكون المشروط له الخيار ابصر
منه فيفوض الخيار اليه ليتامل في ذلك فان صلح اجاز والا فسخ واذا جاز
هذا الشرط ثبت الخيار للمشروط له وللعاقد ايضا لما نذكر ولكل
واحد منهما ولاية الاجازة والفسخ وسوا كان العاقد مالكا او وصيا او وليا
او وكيلا فيجوز شرط الخيار فيه لنفسه او لصاحبه الذي عاقده اما
الاب والوصي فلان اشتراط الخيار منهما من باب النظر للصغير فيملكانه
واما الوكيل فلانه يتصرف بامر الموكل وقد امره بالبيع والشرا مطلقا
فيجري على اطلاقه وكذلك المضارب او الشريك شركة عنان ومفاوضة
يملك شرط الخيار لما قلنا ولو اشترى شيا على انه ان لم ينقد الثمن الى
ثلاثة ايام فلا بيع بينهما فالقياس ان لا يجوز هذا البيع وهو قول زفر
وفي الاستحسان جائز وجه القياس ان هذا بيع علقت اقالته بشرط
عدم نقد الثمن الى ثلاثة ايام وتعليق الاقالة بالشرط فاسد فكان هذا
بيعا دخله شرط فاسد فيكون فاسدا كسائر الانواع التي دخلها شروط
فاسدة وجه الاستحسان ان هذا البيع في معنى البيع بشرط الخيار لوجود
التعليق بشرط في كل واحد منهما وتحقق الحاجة المستدعية للجواز اما
التعليق فلانه علق اقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد الى ثلاثة
ايام وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاده في حق الحكم بشرط سقوط الخيار
واما الحاجة فان المشتري كما يحتاج الى التامل في المبيع انه هل يوافقه ام لا
فالبايع يحتاج الى التامل انه هل يصل الثمن اليه في الثلاث ام لا وكذا
المشتري يحتاج الى التامل انه هل يقدر على النقد في الثلاث ام لا فكان
هذا بيعا مسته الحاجة الى جوازه في الجانبين جميعا فكان اولى بالجواز من
البيع بشرط الخيار فورود الشرع بالجواز هناك يكون ورودا هاهنا

دلالة ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام لم يجز عند ابي حنيفة
كما لا يجوز شرط الخيار اربعة ايام او اكثر بعد ان يكون معلوما الا ان ابا يوسف
يقول هاهنا لا يجوز كما قال ابو حنيفة فابو حنيفة رحمه الله مر على اصله
ولم يجوز في الموضعين ومحمد رحمه الله مر على اصله واجاز فيهما وابو يوسف
فرق بينهما ووجه الفرق له ان القياس يابى الجواز في شرط الخيار وانما
عرفناه باثر ابن عمر رضي الله عنه فبقي هذا على اصل القياس والله اعلم
ويتصل بالشروط المفسدة ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه من
الحمل ان البيع فاسد لان بيع الحمل بانفراده لا يجوز فكان استثناؤه بمنزلة
شرط فاسد ادخل في البيع فوجب فساد البيع وكذلك هذا في عقد الاجارة
والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة
والصدقة لان استثناء الحمل في هذه العقود لا يبطلها وكذلك في الاعتاق
لما ان استثناء ما في البطن بمنزلة شرط فاسد والبيع واخواته تبطلها
الشروط الفاسدة فكان الشرط فاسدا والعقد فاسدا فاما النكاح ونحوه
فلا تبطله الشروط الفاسدة فجاز العقد وبطل الشرط فيدخل في العقد
الام والولد جميعا وكذا في العتق وكذا اذا باع حيوانا واستثنى شيئا من
اطرافه فالبيع فاسد ولو باع صبرة واستثنى قفيزا منها فالبيع جائز
في المستثنى منه وكذا اذا باع صبرة واستثنى جزءا شايعا منها ثلثها او
ربعها او نحو ذلك ولو باع قطيعا من الغنم واستثنى شاة منها بغير عينها
فالبيع فاسد ولو استثنى شاة منها بعينها جاز البيع والاصل في هذا ان
من باع جملة واستثنى منها شيئا فان استثنى ما يجوز افراده بالبيع فالبيع
في المستثنى منه فاسد وان استثنى ولو باع الثمرة على رؤوس النخل
واستثنى منها صاعا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه يجوز لانه
استثنى ما يجوز افراده بالبيع فاشبه ما اذا باع جزءا مشاعا منه من الثلث
والربع وكذا لو كان الثمر مجذوذا فباع الكل واستثنى صاعا يجوز واي فرق
بين المجذوذ وغير المجذوذ وذكر الطحاوي في مختصره انه لا يجوز واليه
اشار محمد رحمه الله في الموطا فانه قال لا قال لا باس بان يبيع الرجل ثمرة
ويستثني بعضها اذا استثنى شيئا في جملته ربعا او خمسا او سدسا قيد
الجواز بشرط ان يكون المستثنى مشاعا في الجملة فلو ثبت الجواز في المعين لم
يكن للتقييد بهذا الشرط معنى وهكذا روى الحسن بن زياد انه قال لا يجوز

في الموضعين جميعا الا ان لجوازه م

لاستثناء المبيع

جاز البيع في المستثنى منه وان استثنى ما لا يجوز افراده بالبيع م

وكذا

وكذا ذكر القدوري في مختصره ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب
اصحابنا وقال ابن ابي ليلى البيع جائز والشرط باطل وقال ابن شبرمة
البيع جائز والشرط جائز والصحيح قولنا لما روى ابو حنيفة رحمه الله عن
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع وشرط والنهي يقتضي فساد المنهي فيدل على فساد كل بيع وشرط الا
ما خص عن عموم النص ولان هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع
الى العاقدين او الى غيرهما وزيادة منفعة مشروطة في عقد البيع تكون
ربا والربا حرام والبيع الذي فيه ربا فاسد وبعضها فيه غرر ونهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمنهي فاسد وبعضها شرط
التلهي وانه محظور وبعضها يغير مقتضى العقد وهو معنى الفاسد
والفساد هو التغيير والله اعلم ثم قران الشرط الفاسد بالعقد والحاقه
به سواء عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو باع بيعا صحيحا ثم الحق به شيئا
من هذه الشروط المفسدة تلتحق به ويفسد العقد وعندهما لا تلتحق
به ولا يفسد واجمعوا على انه لو الحق بالعقد الصحيح شرطا صحيحا كالخيار
الصحيح في البيع البات ونحو ذلك يلتحق به وجه قولهما ان الحاق
الشرط الفاسد بالعقد تغيير العقد من الصحة الى الفساد فلا يصح فبقي
العقد صحيحا كما كان لان العقد كلام لا بقاء له والالتحاق بالمعدوم لا يجوز
فكان ينبغي ان لا يصح الالحاق اصلا الا ان الحاق الشرط الصحيح باصل
العقد ثبت شرعا للحاجة اليه حتى صح قرانه بالعقد فيصح الحاقه به
فلا حاجة الى الحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد ولهذا لم يصح قرانه بالعقد
ولابي حنيفة ان اعتبار التصرف على الوجه الذي اوقعه المتصرف
واجب اذا كان هو اهلا والمحل قابلا وقد اوقعه مفسدا في الاصل فقولهما
الالحاق تغيير العقد قلنا ان كان تغييرا فلهما التغيير الا ترى ان لهما
ولاية التغيير بالزيادة في الثمن والمثمن والحط من الثمن وبالحاق
الشرط الصحيح وان كان تغييرا ولانهما يملكان الفسخ فالتغيير اولى
لان التغيير تبديل الوصف والفسخ رفع الاصل والوصف والله الموفق
ومنها الرضا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم عقيب قوله
لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ
مسلم الا بطيبة من نفسه فلا يصح بيع المكره اذا باع مكرها وسلم مكرها

للعقد لفساد
اذ الالحاق اعتبار
العقد فوجب
كما اوقعه فاسدا م

ولاية

لعدم الرضا فاما اذا باع مكرها وسلم طايعا فالبيع صحيح على ما نذكره في كتاب
الاكراه ولا يصح بيع الهازل لانه متكلم بكلام البيع لا على ارادة حقيقته فلم يوجد بيع الهازل
الرضا بالبيع فلا يصح بخلاف طلاق الهازل انه واقع لان الفايت بالاكراه ليس
الا الرضا والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق بخلاف البيع على ان الهزل في
باب الطلاق ملحق بالجد شرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن الطلاق
جد الطلاق والعتاق والنكاح الحق الهازل بالجاد فيه ومثل هذا لم يرد
في البيع وعلى هذا يخرج بيع المنابذة والملامسة والحصاة الذي كان يفعله اهل
الجاهلية كان الرجلان يتساومان السلعة فاذا اراد احدهما الزام البيع نبذ
السلعة الى المشتري فيلزم البيع رضي المشتري ام سخط او لمسها المشتري
او وضع عليها حصاة فجا الاسلام فشرط الرضا وابطل ذلك كله وعلى هذا
يخرج بيع التلجية وهي ما الجي الانسان اليه بغير اختياره وجملة الكلام فيه بيع التلجئة م اختيار الايثار م
ان التلجية في الاصل لا تخلوا اما ان تكون في نفس البيع واما ان تكون في
الثمن فان كانت في نفس البيع فاما ان تكون في انشا البيع واما ان تكون في
الاقرار به فان كانت في انشا البيع بان تواضعوا في السر لامر الجاهم اليه
على ان يظهرا البيع ولا بيع بينهما حقيقة وانما هو ريا وسمعة نحو ان يخاف
رجل السلطان فيقول الرجل اني اظهر ان بعت منك داري وليس ببيع
في الحقيقة وانما هو تلجية فتبايعا فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن ابي
حنيفة وهو قول ابي يوسف ومحمد لانهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد
الحقيقة وهو تفسير الهزل والهزل يمنع جواز البيع لانه يعدم الرضا بمباشرة
السبب فلم يكن هذا بيعا منعقدا في حق الحكم وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
ان البيع جايز لان ما شرطاه في السر لم يذكراه في العقد وانما عقدا عقدا صحيحا
بشرايطه فلا يوثر فيه ما تقدم من الشرط كما اذا اتفقا على ان يشترطا شرطا
فاسدا عند البيع ثم باعا من غير شرط والجواب ان الحكم ببطلان هذا البيع
لمكان الضرورة فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لا تندفع الضرورة
ولو اجاز احدهما دون الاخر لم يجز وان اجازاه جاز كذا ذكر محمد رحمه الله
لان الشرط السابق وهو المواضعة منعت انعقاد العقد في حق الحكم بمنزلة
شرط خيار المتبايعين فلا يصح الا بتراضيهما ولا يملكه المشتري بالقبض
حتى لو كان المشتري عبدا فقبضه واعتقه لا ينفذ اعتاقه بخلاف المكره
على البيع والتسليم اذا باع وسلم فاعتقه المشتري انه ينفذ اعتاقه لان بيع

المكره

123

المكره انعقد سببا للحكم لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلا لما فيه من صيانة
نفسه عن الهلاك فانعقد السبب الا انه فسد لانعدام الرضا طبعا فتاخر الملك
فيه الى وقت القبض اما هاهنا فلم يوجد الرضا بمباشرة السبب في الجانبين
اصلا فلم ينعقد السبب في حق الحكم فيتوقف على اجازتهما فاشبه البيع
بشرط خيار المتبايعين هذا اذا كانت التلجية في انشا البيع فاما اذا كانت
في الاقرار به بان اتفقا على ان يقرا ببيع لم يكن فاقرا ثم اتفقا على انه لم يكن بذلك م
فالبيع باطل حتى لا يجوز باجازتهما لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار بثبوت
المخبر به حال وجود الاخبار فان كان ثابتا كان الاخبار صدقا والا فيكون
كذبا والمخبر به هاهنا وهو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الاجازة لانها تلحق
الموجود لا المعدوم هذا كله اذا كانت التلجية في نفس البيع انشا كان او اقرارا
فاما اذا كانت في الثمن فهذا ايضا لا يخلوا من احد وجهين اما ان كانت في
قدر الثمن واما ان كانت في جنسه فان كانت في قدره بان تواضعا في السر لباطنه
على ان يكون الثمن الفا ويتبايعان في الظاهر بالفين فان لم يقولا عند
المواضعة الف منهما ريا وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه لان الثمن اسم للمذكور
عند العقد والمذكور عند العقد الفان فاذا لم يذكرا ان احدهما سمعة
صحت تسمية الالفين وان قالا عند المواضعة الف منهما ريا وسمعة فالثمن
ثمن السر والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف
ومحمد وروى عن ابي حنيفة ان الثمن ثمن العلانية ووجه هذه الرواية
ان الثمن هو المذكور في العقد والالفان مذكوران في العقد وما ذكر في
المواضعة لم يذكراه في العقد فلا يعتبر ووجه ظاهر الرواية انهما تواضعا
عليه في السر هو ما تعاقدا عليه في العلانية الا انهما زادا عليه الفا اخرى
والمواضعة السابقة ابطلت الزيادة لانهما هزلا بها حيث لم يقصداها فلم
يصح ذكر الزيادة في البيع فبقي البيع بما تواضعا عليه وهو الالف وان كانت
في جنسه بان اتفقا في السر على ان الثمن الف درهم لكنهما يظهران ان البيع
بماية دينار فان لم يقولا في المواضعة ريا وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه لما ان ثمن العلانية م
قلنا وان قالا ذلك فالقياس ان يبطل العقد وفي الاستحسان يصح بماية
دينار وجه القياس ان ثمن السر لم يذكراه في العقد وثمن العلانية لم
يقصداه فقد هزلا به فسقط ويبقى بيع بلا ثمن فلا يصح وجه
الاستحسان انهما لم يقصدا بيعا باطلا بل بيعا صحيحا فيجب حمله على الصحة

ما امكن ولا يمكن حمله على الصحة الا بثمن العلانية فكانهما اعرضا عما شرطاه
في الباطن فتعلق الحكم بالظاهر كما لو اتفقا على ان يبيعاه بيع تلجية بخلاف
الالف والالفين لان الثمن المذكور المشروط في السر مذكور في العقد وزيادة
فتعلق العقد به هذا اذا تواضعا في السر ولم يتبايعا فاما اذا تعاقدا
في السر بثمن ثم تواضعا على ان يظهرا العقد باكثر منه او بجنس اخر فان
لم يقولا رياء وسمعة فالعقد الثاني يرفع العقد الاول والثمن هو المذكور
في العقد الثاني لان البيع يحتمل الفسخ والاقالة فشروعهما في العقد الثاني
ابطال للاول فبطل الاول وانعقد الثاني بما سمي عنده وان قالا رياء
وسمعة فان كان الثمن من جنس اخر فالعقد هو العقد الاول لانهما لما ذكرا
الرياء والسمعة فقد ابطلا المسمى في العقد الثاني فلم يصح العقد الثاني
فبقي العقد الاول وان كان من جنس الاول فالعقد هو العقد الثاني لان
البيع يحتمل الفسخ فكان العقد هو العقد الثاني لكن بالثمن الاول والزيادة
باطلة لانهما ابطلاها حيث هزلا بها هذا اذا تواضعا واتفقا على التلجية
في البيع فتبايعا وهما متفقان على ما تواضعا فاما اذا اختلفا فادعى
احدهما التلجية وانكر الاخر وزعم ان البيع بيع رغبة فالقول قول منكر
التلجية لان الظاهر شاهد له فكان القول قوله مع يمينه على ما يدعيه صاحبه
من التلجية اذا طلب اليمين وان اقام المدعي البينة على التلجية تقبل بينته
لانه اثبت الشرط بالبينة فتقبل بينته كما لو اثبت الخيار بالبينة ثم هذا
التفريع على ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لانه يعتبر المواضعة السابقة
فاما على رواية ابي يوسف عنه فلا يجي هذا التفريع لانه يعتبر العقد
الظاهر فلا يلتفت الى هذه الدعوى لانها وان صحت لا توثر في البيع الظاهر
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه
فقال على قول ابي حنيفة القول قول من يدعي جواز العقد وعلى قولهما القول
قول من يدعي التلجية والعقد فاسد ولو اتفقا على التلجية ثم قالا عند البيع
كل شرط كان بيننا فهو باطل بطلت التلجية ويجوز البيع لانه شرط فاسد
زايد فاحتمل السقوط بالاسقاط ومتى سقط صار العقد جايزا الا اذا اتفقا
عند المواضعة وقالا ان ما نقوله عند البيع انكل شرط بيننا فهو باطل فذلك
القول منا باطل فاذا قالا ذلك لا يجوز العقد لانهما اتفقا على ان ما يبطلانه
من الشرط عند العقد باطل الا اذا حكيا في العلانية ما قالا في السر فقالا انا

شرطنا

شرطنا كذا وكذا وقد ابطلنا ذلك ثم تبايعا فيجوز البيع ثم كما لا يجوز بيع التلجية
لا يجوز الاقرار بالتلجية م
بان يقول لاخر اني اقر لك في العلانية بما لي او بداري وتواضعا على فساد الاقرار
لا يصح اقراره حتى لا يملكه المقر له والله اعلم واما الذي يخص بعض البياعات
دون بعض فانواع ايضا منها ان يكون الاجل معلوما في بيع فيه اجل فان كان
مجهولا يفسد البيع سواء كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومطر السماء
وقدوم فلان وموته ونحو ذلك او متقاربة كالحصاد والدياس والنيروز
والميسرة م
والمهرجان وقدوم الحاج وخروجهم والجداد والجزاز والقطاف والميلاد
وصوم النصارى وفطرهم قبل دخولهم في صومهم ونحو ذلك لان الاول فيه
غرر الوجود والعدم والنوع الثاني مما يتقدم ويتاخر فيودي الى المنازعة
فيوجب فساد البيع ولو باع العين بثمن دين الى اجل مجهول جهالة متقاربة
ثم ابطل المشتري الاجل قبل محله وقبل ان يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد
جاز العقد عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولو لم يبطل حتى حل
الاجل واخذ الناس في الحصاد ثم ابطل لا يجوز العقد بالاجماع وان كانت
الجهالة متفاحشة فابطل المشتري الاجل قبل الافتراق ونقد الثمن جاز
البيع عندنا وعند زفر لا يجوز ولو افترقا قبل الابطال لا يجوز بالاجماع
وعلى هذا اذا باع بشرط الخيار ولم يوقت للخيار وقتا معلوما بان قال
ابدا او اياما ولم يذكر الوقت حتى فسد البيع بالاجماع ثم ان صاحب الخيار
ابطل خياره قبل مضي ثلاثة ايام قبل ان يفسخ العقد بينهما جاز البيع عندنا
خلافا لزفر وان ابطل بعد مضي الايام الثلاثة لا يجوز العقد عند ابي حنيفة
وزفر وعند ابي يوسف ومحمد يجوز وان وقت وقتا معلوما بان قال
اربعة ايام او شهرا فابطل الخيار قبل مضي ثلاثة ايام وقبل ان يفسخ العقد
بينهما لاجل الفساد جاز عندنا وعند زفر لا يجوز وعندهما هذا الخيار
جايز ولو مضت الايام الثلاث ثم ابطل صاحب الخيار خياره لا يجوز البيع
بالاجماع وعلى هذا لو عقدا عقد السلم بشرط الخيار حتى فسد السلم ثم ان
صاحب الخيار ابطل خياره قبل الافتراق جاز السلم عندنا اذا كان راس المال
قايما في يده ولو افترقا قبل الابطال ثم ابطل لا يجوز بالاجماع وعلى هذا
اذا اشترى ثوبا برقمه ولم يعلم المشتري رقمه حتى فسد البيع ثم علم رقمه
فان علم قبل الافتراق واختار البيع جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز وان
كان بعد الافتراق لا يجوز بالاجماع والاصل عند زفر ان البيع اذا انعقد على

الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد والاصل عندنا انه ينظر الى الفساد
ان كان قويا بان دخل في صلب العقد وهو البدل او المبدل لا يحتمل الجواز برفع
المفسد كما قال زفر كما اذا باع عبدا بالف درهم ورطل من خمر فحط الخمر
عن المشتري وان كان ضعيفا لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائز يحتمل
الجواز برفع المفسد كما في البيع بشرط خيار لم يوقت او وقت الى اجل مجهول
كالحصاد والدياس او لم يذكر الوقت وكما في بيع الدين بالدين الى اجل على ما
ذكرنا ثم اختلف مشايخنا في العبارة عن هذا العقد قال مشايخ العراق انه انعقد
فاسدا لكن فسادا غير متقرر فان ابطل الشرط قبل تقرره بان لم يدخل وقت
الحصاد او اليوم الرابع ينقلب الى الجواز وان لم يبطل حتى دخل تقرر الفساد
وهو قول بعض مشايخنا بما وراء النهر العقد موقوف ان اسقط الشرط
قبل وقت الحصاد واليوم الرابع تبين انه كان جائزا من الاصل وان لم يسقط
حتى دخل اليوم الرابع او اوان الحصاد تبين انه وقع فاسدا من حين وجوده
وذكر عن الحسن بن زياد انه قال قال ابو حنيفة رحمه الله لو ان رجلا اشترى
عبدا على انه بالخيار اكثر من ثلاثة ايام فالبيع موقوف فان قال المشتري
قبل مضي الثلاث انا ابطل خياري واستوجب البيع قبل ان يقول البائع شيئا
كان له ذلك وتم البيع وعليه الثمن ولم يكن للبائع ان يبطل البيع وان قال
البائع قد ابطلت قبل ان يبطل المشتري خياره بطل البيع ولم يكن للمشتري
ان يستوجبه بعد ذلك وان يبطل خياره فقد نص على التوقف وفسره
حيث جعل للبائع حق الفسخ قبل اجازة المشتري وهذا امارة البيع الموقوف
ان يكون لكل واحد من العاقدين حق الفسخ وجه قول زفر ان هذا بيع
انعقد بشرط الخيار بوصف الفساد من حين وجوده فلا يتصور ان ينقلب
جايزا لما فيه من الاستحالة ولهذا لا ينقلب الى الجواز اذا دخل اليوم الرابع او
وقت الحصاد والدياس ولنا طريقان احدهما ان هذا العقد موقوف
للحال لا يوصف بالفساد ولا بالصحة لان الشرط المذكور يحتمل ان يكون
مفسدا حقيقة ويحتمل ان لا يكون فاذا سقط قبل دخول اوان الحصاد
واليوم الرابع يتبين انه ليس بمفسد لانه تبين انه ما شرط الاجل
والخيار الا الى هذا الوقت فيتبين ان العقد وقع صحيحا مفيدا للملك بنفسه
من حين وجوده كما لو اسقط الاجل الصحيح والخيار الصحيح وهو خيار
ثلاثة ايام بعد مضي يوم وان لم يسقط حتى مضت الايام الثلاثة ودخل وقت

الحصاد

مجهول م

بما وراء النهر وقال مشايخ خراسان وبعض مشايخنا م

ع

126

الحصاد تبين ان الشرط كان الى هذا الوقت وانه شرط مفسد والثاني
ان العقد في نفسه على ما عرف وكذا اصل الاجل والخيار لانه ملايم للعقد الا
انه يوصف العقد بالفساد للحال لا لعينه بل لمعنى مجاور له زايد عليه وعلى اصل
الاجل والخيار وهو الجهالة وزيادة الخيار على المدة المشروعة فاذا اسقط
قبل دخول وقت الحصاد واليوم الرابع فقد اسقط المفسد قبل تقرره فزال
الفساد فبقي العقد مشروعا كما كان من غير وصف الفساد واذا دخل الوقت
فقد تقرر المفسد فتقرر الفساد والفساد بعد تقرره لا يحتمل الزوال
وقوله العقد ما وقع فاسدا من حين وجوده قلنا على الطريق الاول ممنوع بل هو
موقوف وعلى الطريقة الثاني مسلم لكن لا لعينه بل لغيره وهو الشرط
المجاور المفسد وقد اسقط المفسد قبل تقرره فزال الفساد الثابت لمعنى
من غيره مشروعا والله الموفق ولو باع بثمن حال ثم اخر الى الاجال المتقاربة
جاز التاخير ولو اخر الى الاجال المتفاحشة لم يجز والدين على حاله حال
فرق بين التاجيل وبين التاخير لم يجز التاجيل الى هذه الاجال اصلا
ويجوز التاخير الى المتقارب منها ووجه الفرق ان التاجيل في العقد جعل
الاجل شرطا في العقد وانها كانت متقاربة توجب فساد العقد لانها
تفضي الى المنازعة فاما التاخير الى الاجال عادة ومبنى التاخير على المسامحة
فالظاهر انهم يسامحون ولا يتنازعون وما جرت العادة منهم بالتاخير
الى اجال تفحش جهالتها بخلاف التاجيل لان ما جعل شرطا في البيع مبناه
على المضايقة فالجهالة فيها وان قلت تفضي الى المنازعة ولهذا لا يجوز البيع
الى الاجال المتقاربة وجازت الكفالة اليها لان مبنى الكفالة على المسامحة
فان المكفول له لا يضيق الامر على الكفيل عادة لان له سبيل الوصول الى
الدين من جهة الاصيل فالتاجيل اليها لا يودي الى المنازعة بخلاف
البيع فان الجهالة في باب البيع مفضية الى المنازعة فكانت مفسدة للبيع
ولو اشترى عينا بثمن دين على ان يسلم اليه الثمن في مصر اخر فهذا لا يخلو
اما ان يكون الثمن مما لا حمل له ولا مونة واما ان يكون مما له حمل ومونة
وكل ذلك لا يخلو اما ان ضرب له الاجل او لم يضرب فان لم يضرب له
الاجل فالبيع فاسد سواء كان الثمن له حمل ومونة او لم يكن لانه اذا لم
يضرب له الاجل كان شرط التسليم في موضع على سبيل التاجيل وانه اجل
مجهول فيوجب فساد العقد وروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان الثمن اذا كان لا حمل

مشروع لا يحتمل الفساد م

الزوال

فيبقى م

وجهالة الاجل المتقاربة في العقد م ... المجهولة جهالة متقاربة لا تفضي الى المنازعة لان الناس يؤخرون الديون الى هذه الاجال م

عزالدين يوسف صح

له ولا مونة فالبيع جايز لان شرط التاجيل في مكان اخر ليس بتاجيل حقيقة بل هو
تخصيص التسليم بمكان اخر فيجوز البيع ويجبر المشتري على تسليم الثمن في اي
موضع طالبه وان ضرب له اجلا على ان يسلم اليه الثمن بعد محل الاجل في مصر
اخر فان كان الاجل مقدار ما لا يمكن الوصول الى الموضع المشروط في قدر تلك
المدة فالبيع فاسد ايضا لانه اذا كان لا يمكن الوصول فيه الى الموضع المشروط
صار كانه لم يضرب اجلا وان ضرب اجلا يمكن الوصول فيه الى المكان المشروط
فالبيع صحيح والتاجيل صحيح لانه اذا اضرب له اجلا يمكنه الوصول فيه
الى ذلك المكان بالتسليم فيه فاذا حل الاجل وطالبه البايع بالثمن
في غير المكان المشروط ينظر ان كان الثمن مما ليس له حمل ومونة يجبر
المشتري على ان يسلمه في اي موضع طالبه البايع بعد حل الاجل وان كان
الثمن له حمل ومونة لا يجبر على تسليمه الا في الموضع المشروط وكذلك
لو اراد المشتري ان يسلمه في غير المكان المشروط وابى البايع ذلك الا
في الموضع المشروط فهو على هذا التفصيل ولو كان الثمن عينا فشرط تسليمه
في مصر اخر فالبيع فاسد سوا شرط الاجل او لم يشترط لان فيه غررا
والله اعلم ومنها القبض في بيع المشترا المنقول فلا يصح بيعه قبل
القبض لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض
والنهي يوجب فساد المنهي ولانه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك
المعقود عليه لانه اذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الاول
فينفسخ الثاني لانه بنا على الاول وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع فيه غرر وسوا باعه من غير بايعه او من بايعه لان النهي مطلق
لا يوجب الفصل بين البيع من غير بايعه وبين البيع من بايعه وكذا معنى
الغرر لا يفصل بينهما فلا يصح الثاني والاول على حاله ولا يجوز اشراكه
وتوليته لان كل ذلك بيع ولو قبض نصف المبيع دون النصف فاشرك
رجلا لم يجز فيما لم يقبض وجاز فيما قبض لان الاشراك نوع بيع
والمبيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلا له شرعا فلم يصح في غير
المقبوض وصح في المقبوض وله الخيار لتفرق الصفقة عليه ولا يجوز اجارته
لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وملك المنفعة تابع لملك العين ولا يجوز
فيه تمليك العين فلا يجوز تمليك المنفعة ولان الاجارة عقد يحتمل الفسخ فيتمكن
فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ولان ما روينا من النهي يتناول

علم ان شرط التسليم
في ذلك المكان لم يكن
على سبيل التاجيل بل
على تخصيص ذلك المكان
م

بيع المنقول
قبل قبضه

قدم

الاجارة

الاجارة لانها نوع بيع وهو بيع المنفعة ويجوز اعتاقه بعوض وبغير عوض
وكذا تدبيره واستيلاده بان كانت امة فاقرانها ولدت له لان جواز هذه التصرفات
تعتمد قيام ملك الرقبة وقد وجد بخلاف البيع فان صحته تفتقر الى ملك
الرقبة واليد جميعا لافتقاره الى التسليم وكذا الاجارة بخلاف الاعتاق
والتدبير ولان المانع هو القبض ولهذه التصرفات يصير قابضا على ما نذكر
في موضعه ان شا الله تعالى ولان الفساد لتمكن الغرر وهو غرر انفساخ
العقد بهلاك المعقود عليه لما نذكر وهذه التصرفات مما لا تحتمل الانفساخ
فلم يوجد فلزم الجواز بدليله وهل تجوز كتابته لا رواية فيه عن اصحابنا
فاحتمل ان يقال لا يجوز قياسا على البيع لان كل واحد منهما يحتمل الفسخ والاقالة
وجايز ان يقال يجوز فرقا بينها وبين البيع لانها اوسع اضرارا من البيع
وروي عن ابي يوسف اذا كاتبه المشتري قبل القبض فللبايع ان يبطله
فان لم يبطله حتى نقد المشتري الثمن جازت الكتابة ذكرها في العيون
ولو وهبه من البايع فان لم يقبله لم تصح الهبة والبيع على حاله لان الهبة
لا تصح بدون القبول وان قبله البايع لم تجز الهبة لانها تمليك المبيع قبل
القبض وانه لا يجوز كالبيع وانفسخ البيع بينهما ويكون اقالة للبيع
فرق بين الهبة من البايع وبين البيع منه حيث جعل الهبة منه اقالة دون
البيع منه ووجه الفرق ان بين الهبة والاقالة مقاربة فان كل واحد
منهما يستعمل في الحاق ما سلف بالعدم يقال وهبت منك جرمك كما يقال
اقلت عثرتك اي جعلت ذلك كالعدم في حق المواخذة به الا ترى انه
يستعمل كل واحد منهما فامكن جعل الهبة مجازا عن الاقالة عند تعذر العمل
بالحقيقة بخلاف البيع فانه لا مقاربة بينه وبين الاقالة فتعذر جعله مجازا
عنها فوقع لغوا وكذلك لو تصدق به عليه فهو على التفصيل الذي ذكرنا
ولو وهب لغير البايع او تصدق به على غير البايع وامر بالقبض من البايع
او وهبه عند رجل وامره ان يقبض من البايع فقبضه بامره او اقرضه
وامره بالقبض لم تجز هذه العقود كلها عند ابي يوسف ومحمد جازت
وجه قول محمد ان صحة هذه العقود بالقبض فاذا امره بالقبض فقد
اناب منابه نفسه في القبض وصار بمنزلة الوكيل له فاذا قبض بامره يصير
قابضا عنه اولا بطريق النيابة ثم لنفسه فيصح ولابي يوسف ان جواز
هذه العقود مبني على الملك المطلق وهو ملك الرقبة واليد جميعا لان به

تمام صح

م مكان الاخرى

م عند م

يتع الامن عن غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه وغرر الانفساخ هاهنا ثابت
فلم يكن الملك مطلقا فلم يجز ولو اوصي به لرجل قبل القبض ثم مات جازت
الوصية لان الوصية اخت الميراث ولو مات قبل القبض صار ذلك ميراثا
لورثته كذا الوصية ولو قال المشتري للبايع بعه لي لم يكن نقضا بالاجماع
وان باعه لم يجز بيعه ولو قال بعه لنفسك كان نقضا بالاجماع ولو قال
بعه مطلقا كان نقضا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يكون
نقضا وجه قوله ان اطلاق الامر بالبيع ينصرف الي البيع للامر لا للمامور
لان الملك له لا للمامور فصار كانه قال له بعه لي ولو نص عليه لا يكون
نقضا للبيع لانه امره ببيع فاسد وكذا هذا ولهما ان مطلق الامر بالبيع
يحمل علي بيع صحيح يصح ولو حملناه علي البيع للامر لما صح لانه يكون امرا
ببيع من لا يملك بنفسه فلا يصح فيحمل علي البيع لنفسه الا بعد انفساخ
البيع الاول فيتضمن الامر بالبيع لنفسه انفساخ البيع الاول فينفسخ بمقتضي
الامر كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني علي الف درهم ولو قال
المشتري للبايع اعتقه فاعتقه البايع فاعتاقه جايز عن نفسه عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف اعتاقه باطل وجه قول ابي يوسف
ان مطلق الامر بالاعتاق ينصرف الي الاعتاق عن الامر لا عن نفسه
لان الملك للامر والاعتاق عنه بمنزلة القبض والبايع لا يصلح
نايبا عن المشتري في القبض عنه فلا يصلح نايبا عنه في الاعتاق
ولابي حنيفة ان الامر بالاعتاق يحمل علي وجه يصح ولو حمل علي الاعتاق
عن الامر لم يصح لما ذكرتم فيحمل علي الاعتاق عن نفسه فاذا اعتق يقع
عنه واما بيع المشتري العقار قبل القبض فجايز عند ابي حنيفة
وابي يوسف استحسانا وعند محمد وزفر والشافعي لا يجوز قياسا
واحتجوا بعموم النهي الذي روينا ولان القدرة علي القبض عند العقد
شرط صحة العقد لما ذكرنا ولا قدرة الا بتسليم الثمن وفيه غرر
ولهما عمومات البياعات من الكتاب من غير تخصيص ولا يجوز
تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا او نحمله علي المنقول توفيقا
بين الدلايل صيانة لها عن التناقض ولان الاصل في ركن البيع اذا صدر
من الاهل في المحل هو الصحة والامتناع بعارض الغرور وهو غرر انفساخ
العقد بهلاك المعقود عليه ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر

كانه نص عليه فقال بعه لنفسك ولا يتحقق البيع لنفسه م

بيع العقار قبل قبضه

فبقي

فبقي بيعه علي حكم الاصل وكما لا يجوز بيع المشتري المنقول قبل القبض
لا يجوز بيع الاجرة المنقولة قبل القبض اذا كانت عينا والاصل ان كل عوض
ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه كالمبيع
والاجرة وبدل الصلح اذا كان منقولا معينا وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ
العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه كالمهر وبدل الخلع وبدل
العتق وبدل الصلح عن دم العمد ووجه هذا الاصل ما ذكرنا ان الاصل هو
الصحة في التصرف الصادر من الاهل المضاف الي المحل والفساد بعارض
غرر الانفساخ ولا يتوهم ذلك في هذه التصرفات لان هلاكها لا تحتمل الفسخ فكان
القول بجواز هذه التصرفات عملا بالاصل وانه واجب وكذا الميراث
يجوز التصرف فيه قبل القبض لان معني الغرر لا يتقرر فيه ولان الوارث
خلف الميت في ملك المتروك وخلف الشي قايم مقامه كانه هو وكان
المورث قايم ولو كان قايما لجاز تصرفه فيه كذا الوارث وكذلك الموصي به بان
اوصي الي انسان بشي ثم مات الموصي فالموصي له ان يتصرف قبل القبض
لان الوصية اخت الميراث ويجوز التصرف في الميراث قبل القبض فكذا
في الموصي به وهل يجوز بيع المقسوم بعد القسمة قبل القبض ينظر ان
كان ما وقع عليه القسمة مما يجبر عليه الشركا اذا طلبها واحد منهم
جاز لواحد منهم ان يبيع نصيبه بعد القسمة قبل القبض سوا كان منقولا
او غير منقول لان القسمة في مثله افراز وان كان مما لا يجبر عليه الشركا
عند طلب واحد منهم كالاشيا المختلفة والرقيق علي قول ابي حنيفة لا
يجوز بيعه قبل القبض ان كان منقولا وان كان عقارا فعلي الاختلاف
الذي ذكرنا لان قسمة هذه الاشيا فيها معني المبادلة فتشبه البيع
واما بيع الدين قبل القبض فنقول وبالله التوفيق الديون انواع منها
ما لا يجوز بيعه قبل القبض ومنها ما يجوز اما الذي لا يجوز بيعه
قبل القبض فنحو راس مال السلم لعموم النهي ولان قبضه في المجلس شرط
وبالبيع يفوت القبض حقيقة وكذا المسلم فيه لانه مبيع لم يقبض
وكذا لو باع راس مال السلم بعد الاقالة لا يجوز استحسانا والقياس
ان يجوز وهو قول زفر وجه القياس ان عقد السلم ارتفع بالاقالة
لانها فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كانه لم يكن واذا
ارتفع العقد من الاصل عاد راس المال الي قديم ملك رب السلم فكان محلا

وبدل الصلح المنقول اذا كان عينا م

ونقده

للاستبدال كما كان قبل السلم ولهذا يجب قبض راس المال بعد الاقالة في
مجلس الاقالة وجه الاستحسان عموم النهي الذي روينا الا انه خص
بدليل وفي الباب نص خاص وهو ما روى ابو سعيد الخدري رضي الله
عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرب السلم لا تاخذ الا سلمك
او راس مالك وفي رواية خذ سلمك او راس مالك نهى رب السلم
عن الاخذ عاما واستثنى اخذ السلم او راس المال فبقي اخذ ما وراهما على
اصل النهي وكذلك اذا انفسخ السلم بعد صحته لمعنى عارض نحو
ذمي اسلم الى ذمي عشرة دراهم في خمر ثم اسلما او اسلم احدهما قبل قبض
الخمر حتى بطل السلم ووجب على المسلم اليه رد راس المال لا يجوز لرب
السلم الاستبدال لان السلم اذا كان فاسدا في الاصل لا يكون له حكم السلم
وكان راس مال السلم بمنزلة ساير الديون من القرض وثمن المبيع وضمان
الغصب والاستهلاك واما بدل الصرف فلا يجوز بيعه قبل القبض
في الابتدا وهو حال بقا العقد ويجوز في الانتها وهو ما بعد الاقالة
بخلاف راس مال السلم فانه لا يجوز بيعه في الحالين ووجه الفرق
ان القياس جواز الاستبدال بعد الاقالة في البابين جميعا لما ذكرنا ان
الاقالة فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل كان لم يكن ولو لم يكن
العقد لجاز الاستبدال فكذا اذا رفع والتحق بالعدم وكان ينبغي ان يجوز
الاستبدال فيهما جميعا الا ان الحرمة في باب السلم ثبتت نصا بخلاف
القياس وهو ما روينا والنص ورد في السلم فبقي جواز الاستبدال بعد
الاقالة في الصرف على الاصل وكذلك الثياب الموصوفة في الذمة الموجلة
لا يجوز بيعها قبل القبض للنهي سوا كان ثبوتها في الذمة بعقد السلم او
غيره لان الثياب كما تثبت في الذمة موجلة بطريق السلم تثبت دينا في
الذمة موجلة لا بطريق السلم بان باع عبدا بثوب موصوف في الذمة
موجل فانه يجوز ولا يكون جوازه بطريق السلم بدليل ان قبض العبد ليس
بشرط وقبض راس مال السلم شرط جواز السلم وكذا اذا اجر دارا
بثوب موصوف في الذمة موجل جازت الاجارة ولا يكون سلما وكذا
لو ادعى عينا في يدي رجل وصالحه من دعواه على ثوب موصوف
في الذمة موجل جاز الصلح ولا يكون هذا سلما ولا يجوز الاستبدال به
كما لا يجوز بالمسلم فيه وان لم يكن ثبوته بعقد السلم فهذه جملة الديون

استحسانا لما روينا ولو كان السلم فاسدا من الاصل ووجب على المسلم اليه رد راس المال لفساد السلم يجوز الاستبدال صح

التي

١٢٧

تنبيه وقال الشافعي رحمه الله اذا كان عينا لا يجوز المبيع بيعه قبل القبض صح

١٢٩

التي لا يجوز بيعها قبل القبض وما سواها من ثمن المبيع والقرض وقيمة المغصوب
والمستهلك ونحوها فيجوز بيعها ممن عليه قبل القبض قولا واحدا وان كان
دينا لا يجوز في احد قوليه ايضا بنا على ان الثمن والمثمن عنده من الاسما المترادفة
يقعان على مسمى واحد وكان كل واحد منهما مبيعا وكان بيع المبيع قبل القبض
وكذا النهي عن بيع ما لم يقبض عام لا يفصل بين المبيع والثمن فاما على اصلنا
فالمبيع والثمن من الاسما المتباينة في الاصل يقعان على معنيين متباينين على
ما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى ولا حجة له في عموم النهي لان بيع ثمن
المبيع ممن عليه صار مخصوصا بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما على ما
نذكر واما بيع هذه الديون من غير من عليه والشرا بها من غير من عليه
فينظر ان اضاف البيع والشرا الى الدين لم يجز بان يقول لغيره بعت منك
الدين الذي في ذمة فلان بكذا او يقول اشتريت منك هذا الشي بالدين
الذي لي في ذمة فلان لان ما في ذمة فلان غير مقدور التسليم في حقه
والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر بخلاف البيع والشرا
بالدين ممن عليه الدين لان ما في ذمته مسلم له وان لم يضف العقد الى الدين
الذي عليه جاز ولو اشترى شيا بثمن دين ولم يضف العقد الى الدين حتى
جاز ثم احال البايع على غريمه بدينه الذي له عليه جازت الحوالة سوا
كان الدين الذي احتيل به دينا يجوز بيعه قبل القبض او لا يجوز كالسلم
ونحوه وذكر الطحاوي انه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض
وهذا غير سديد لان هذا توكيل بقبض الدين فان المحتال له يصير
بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال عليه والتوكيل بقبض الدين
جايز اي دين كان ويكون قبض وكيله كقبض موكله ولو باع هذا
الدين ممن عليه الدين جاز بان اشترى منه شيا بعينه بدينه الذي له في
ذمته لانه باع ما هو مقدور التسليم عند الشرا لان ذمته في يده بخلاف
الاول وكذا اذا صالح معه من دينه على شي بعينه جاز الصلح والله اعلم
ومنها ان يكون البدل منطوقا به في احدى نوعي المبادلة وهي المبادلة
القولية فان كان مسكوتا عنه فالبيع فاسد بان قال بعت هذا العبد منك
وسكت عن ذكر الثمن فقال المشتري اشتريت لما ذكرنا ان البيع في اللغة
مبادلة شي مرغوب بشي مرغوب وفي الشرع مبادلة المال بالمال فاذا لم
يكن البدل منطوقا به ولا بيع بدون البدل اذ هو مبادلة كان بدلا قيمة

فكان هذا بيع العبد بقيمته وانه فاسد وهكذا السبيل في البياعات الفاسدة
انها تكون بيعا بقيمة المبيع على ما نذكر في موضعه هذا اذا سكت عن ذكر
الثمن فاما اذا نفاه صريحا بان قال بعت هذا العبد بغير ثمن او بلا
ثمن فقال المشتري اشتريته اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم هذا والسكوت
عن الثمن سوا والبيع فاسد وقال بعضهم البيع باطل وجه قول الاولين
ان قوله بلا ثمن باطل لان البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكرا للبدل فاذا قال
بغير ثمن فقد نفى ما اثبته فبطل قوله بلا ثمن وبقي قوله بعت مسكوتا
عن ذكر الثمن فكانه باع وسكت عن ذكر الثمن وجه قول الاخرين ان
عند السكوت عن ذكر الثمن يصير البدل مذكورا بطريق الدلالة فاذا نص
على نفي الثمن بطلت الدلالة فلم يكن هذا بيعا اصلا والله الموفق
ومنها الخلو عن الربا وان شيت قلت ومنها المماثلة بين البدلين في — الربا
اموال الربا حتى لو انتفت فالبيع فاسد لانه بيع ربا والبيع الذي فيه ربا
فاسد لان الربا حرام بنص الكتاب قال الله تعالى وحرم الربا والكلام
في مسايل الربا في الاصل في ثلاث مواضع احدها في بيان الربا في عرف
الشرع انه ما هو والثاني في بيان علته انها ما هي والثالث في بيان
شرط جريان الربا اما الاول فالربا في عرف الشرع نوعان ربا
الفضل وربا النسا اما ربا الفضل فهو زيادة عين مال شرطت
في عقد البيع على المعيار الشرعي وهو الكيل او الوزن في الجنس عندنا
وعند الشافعي هو زيادة مطلقة في المطعوم خاصة عند اتحاد الجنس
واما ربا النسا فهو فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين في
المكيلين او الموزونين عند اتحاد الجنس عندنا وعند الشافعي هو فضل — عند اختلاف الجنس وفي غير المكيلين او الموزونين صح
الحلول على الاجل في المطعومات والاثمان خاصة والله اعلم واما
الثاني وهو بيان العلة فنقول الاصل المعلول في هذا الباب باجماع
القايسين الحديث المشهور وهو ما روى ابو سعيد الخدري وعبادة
بن الصامت رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الحنطة بالحنطة
مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والشعير بالشعير مثلا بمثل والفضل — يدا بيد صح
ربا والتمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والملح بالملح مثلا بمثل
يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا
والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا اي بيعوا الحنطة

بالحنطة

بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد وروي مثل بمثل بالرفع اي بيع الحنطة بالحنطة مثل
بمثل يد بيد جايز فهذا النص معلول باتفاق القايسين غير انهم اختلفوا
في العلة قال اصحابنا رحمهم الله الربوا الفضل في الاشيا الاربعة المنصوص عليها — علة صح
الكيل مع الجنس وفي الذهب والفضة مع الجنس فلا تتحقق العلة الا — الوزن صح
باجتماع الوصفين وهما القدر والجنس وعلة ربا النسا هي احد
وصفي ربا الفضل اما الكيل او الوزن المتفق او الجنس وهذا عندنا
وعند الشافعي علة ربا الفضل في الاشيا الاربعة الطعم وفي الذهب
والفضة الثمنية في قول وفي قول هما غير معلولين وعلة ربا النسا
ما هو علة ربا الفضل وهي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان دون
الجنس اذ الاصل عنده حرمة بيع المطعوم بجنسه واما التساوي
في المعيار الشرعي مع اليد مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة احتج
الشافعي لاثبات هذا الاصل بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سوا بسوا هذا الاصل يدل على ان الاصل حرمة
بيع المطعوم بجنسه وانما الجواز بعارض التساوي في المعيار الشرعي لانه
نهى عن بيع الطعام بالطعام مطلقا واستثنى حالة المساواة فيدل على ان
الحرمة هي الاصل في بيع المطعوم من غير فصل بين القليل والكثير وفيه — بالمطعوم صح
دليل ايضا على جعل الطعم علة لانه اثبت الحكم عقيب اسم مشتق من — اثبات الحكم معنى والاصل ان الحكم اذا ثبت عقيب اسم مشتق من صح
معنى يصير موضع الاشتقاق علة للحكم المذكور كقوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما وقوله الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد
منهما مائة جلدة والطعام اسم مشتق من الطعم فيدل على كون الطعم علة
ولان العلة اسم لوصف موثر في الحكم ووصف الطعم موثر في حرمة بيع
المطعوم والحكم متى ثبت عقيب وصف موثر يحال اليه كما في الزنا
والسرقة ونحو ذلك وبيان تاثير الطعم انه وصف ينبي عن العزة والشرف
لكونه متعلق البقا وهذا يشعر بعزته وشرفه فيجب اظهار عزته وشرفه
وذلك في تحريم بيع المطعوم بجنسه وتعليق جوازه بشرطي التساوي
في المعيار الشرعي واليد لان في تعليقه بشرطين تضييق اصابته وما — طريق صح
ضاق طريق اصابته يعز وجوده فيعز امساكه ولا يهون في غير صاحبه
فكان الاصل فيه هو الحظر ولهذا كان الاصل في الابضاع الحرمة والحظر
والجواز بشرطي الشهادة والولي لاظهار الشرف فيها لكونها منشا البشر الذين هم

المقصودون في العالم وبهم قوامها والابضاع وسيلة الى وجود الجنس والقوت
وسيلة الى بقا الجنس فكان الاصل فيها الحظر والجواز بشرطين لبعز
وجوده ولا يتيسر اصابته فلا يجوز امساكه فكذا هذا وكذا الاصل في بيع
الذهب والفضة بجنسهما هو الحرمة لكونهما اثمان الاشيا فيهما وقيمتها وكان
قوام الاموال والحياة بهما فيجب اظهار اثر شرفهما في الشرع بما قلنا ولنا
في اثبات الاصل اشارات النصوص من الكتاب والسنة والاستدلال
اما الكتاب فقوله تعالى اوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين وزنوا
بالقسطاس المستقيم ولا تبخسوا الناس اشياهم ولا تعثوا في الارض مفسدين
وقال يا قوم اوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس اشياهم
ولا تفسدوا في الارض بعد اصلاحها جعل حرمة الربا بالمكيل والموزون
مطلقا عن شرط الطعم فيدل على ان العلة هي الكيل والوزن وقال
تعالى ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون واذا كالوهم
او وزنوهم يخسرون الحق الوعيد الشديد بالتطفيف في الكيل والوزن
مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغيره واما السنة فما روي ان عامل
خيبر اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا جنيبا فقال اوكل تمر خيبر
هكذا فقال لا ولكني اعطيته صاعين واخذت صاعا فقال صلى الله عليه وسلم
اربيت هلا بعت تمرك بسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمرا وكذلك الميزان
واراد به الموزون بطريق الكناية للمجاورة بينهما مطلقا من غير فصل
بين المطعوم وغير المطعوم وكذا روى مالك ابن انس ومحمد بن اسحاق
الحنظلي رحمهما الله باسنادهما الحديث المشهور الذي رواه محمد في
كتاب البيوع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في اخره وكذلك كل ما
يكال او يوزن واما الاستدلال فهو ان الفضل على المعيار الشرعي من
الكيل والوزن في الجنس انما كان ربا في المطعومات والاثمان من الاشيا
الستة المنصوص عليها لكونه فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز
عنه في عقد المعاوضة وقد وجد في الجص والحديد ونحوهما فورود
الشرع ثمة يكون ورودا هاهنا دلالة وبيان ذلك ان البيع لغة وشرعا
مبادلة المال بالمال وهذا يقتضي التساوي في البدلين على وجه لا يخلو
كل جزء من البدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب لان هذا هو
حقيقة المبادلة ولهذا لا يملك الاب والوصي بيع مال اليتيم بغبن فاحش ولا

بيع من المريض الا من الثلث والقفيز من الحنطة مثل القفيز من الحنطة صورة
ومعنى وكذا الدينار مع الدينار اما الصورة فانهما متماثلان في القدر واما
معنى فان المجانسة في الاموال عبارة عن تقارب المالية فكان القفيز مثلا
للقفيز والدينار مثلا للدينار ولهذا لو اتلف على اخر قفيز حنطة يلزمه
قفيز مثله ولا يلزمه قيمته واذا كان القفيز من الحنطة مثل القفيز من الحنطة
كان القفيز الزايد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد
المعاوضة فكان ربا وهذا المعنى لا يختص المطعومات والاثمان بل يوجد في
كل مكيل بجنسه وموزون بجنسه فالشرع الوارد هناك يكون واردا
هاهنا دلالة واما قوله الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه ولا حجة له في — ممنوع م
الحديث لانه ما اقتصر على النهي عن بيع الطعام في بيع الطعام بالطعام فيجعل
الحظر فيه اصلا بل قرن به الاستثناء فقال الا سوا بسوا فلا يدل على
كون الحرمة فيه اصلا وقوله جعل الطعم علة دعوى ممنوعة ايضا والاسم
المشتق عن معنى انما يجعل علة للحكم المذكور عقيبه عندنا اذا كان له
اثر كالزنا والسرقة ونحوهما فلم قلتم ان للطعم اثرا وكونه متعلق البقا
لا يكون اثره في الاطلاق اولى من الحظر فكان الاصل فيه هو التوسيع دون
التضييق والله اعلم وعلى هذا الاصل تبتنى مسايل الربا نقدا ونسية وفروع — على ما عرف م
الخلاف بيننا وبين الشافعي اما ربا النقد ففايدة الخلاف فيه تظهر
في موضعين احدهما في بيع مكيل بجنسه غير مطعوم او موزون بجنسه
غير مطعوم ولا ثمن كبيع قفيز جص بقفيزي جص وبيع منّ حديد
بمنوي حديد عندنا لا يجوز لانه بيع ربا لوجود علة الربا وهو الكيل مع
الجنس او الوزن مع الجنس وعنده يجوز لان العلة هي الطعم او الثمنية
ولم يوجد وعلى هذا الخلاف بيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات
غير المطعومات والاثمان كالنورة والزرنيخ والصفر والنحاس ونحوها
واما بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلا وبيع الموزون المطعوم بجنسه
متفاضلا كبيع قفيز ارز بقفيزي ارز وبيع منّ سكر بمنوي سكر فلا يجوز
بالاجماع اما عندنا فلوجود القدر والجنس وعنده لوجود الطعم
والجنس وكذا كل موزون هو ماكول او مشروب كالدهن والدبس والخل
ونحوها ويجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا مطعوما كان او غير مطعوم
بعد ان يكون يدا بيد كقفيز حنطة بقفيزي شعير وبيع قفيز جص بقفيزي

توزة ونحو ذلك لان علة ربا الفضل مجموع الوصفين وقد انعدم احدهما وهو
الجنس وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جايز ثمنين كانا او مثمنين
بعد ان يكون يدا بيد كبيع دينار بماية درهم وبيع من حديد بمنوي نحاس
او رصاص ونحو ذلك لما قلنا ويجوز بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة
واحدا باثنين يدا بيد كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدين وشاة بشاتين
ونصل بنصلين ونحو ذلك بالاجماع اما عندنا فلانعدام احد الوصفين
وهو الكيل والوزن وعنده لانعدام الطعم والثمنية واما بيع الاواني الصفرية
واحدا باثنين كبيع قمقمة بقمقمتين ونحو ذلك فان كان مما يباع عددا
يجوز لان العدد في العدديات ليس من اوصاف علة الربا فلا يتحقق الربا فان
كان مما يباع وزنا لا يجوز لانه بيع مال الربا بجنسه مجازفة ويجوز بيع المعدودات
المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلا عند ابي حنيفة وابي يوسف
بعد ان تكون يدا بيد كبيع الفلس بالفلسين باعيانهما وعند محمد لا يجوز
وجه قوله ان الفلوس اثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدراهم
والدنانير ودلالة الوصف ان الثمن عبارة عما يقدر به مالية الاعيان
ومالية الاعيان كما تقدر بالدراهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت اثمانا
ولهذا كانت اثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها وعند مقابلتها بجنسها
حالة المساواة واذا كانت ثمنا فالثمن لا يتعين وان عين كالدراهم والدنانير
فالتحق التعيين فيهما بالعدم فكان بيع الفلس بالفلسين بغير اعيانهما
وذا لا يجوز ولانها اذا كانت اثمانا فالواحد يقابل الواحد فبقي الاخر
فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا ولهما
ان علة ربا الفضل هي القدر مع الجنس وهو الكيل او الوزن المتفق عند
اتحاد الجنس والمجانسة ان وجدت هاهنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق
الربا وقوله الفلوس اثمان قلنا ثمنيتها قد بطلت في حقهما قبل البيع فالبيع
صادفها وهي سلع عددية كالقماقم العددية وغيرها الا انها بقيت
فيجوز بيع الواحد بالاثنين كسائر السلع العددية م
اثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها وبجنسها حالة المساواة لان خروجها
عن وصفية الثمنية كان لضرورة صحة العقد وجوازه لانهما قصدا الصحة
ولا صحة الا بما قلنا ولا ضرورة ثمة لان البيع جايز في الحالين بقيت على صفة
الثمنية او خرجت عنها والثاني في بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون
كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها او ببطيختين او بتفاحتين او ببيضة
او بطيخة م او تفاحة م

ببيضتين

١٤٠

132

ببيضتين وعنده لا يجوز لوجود الطعم والجنس وكذا لو باع حفنة بحفنة
او جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم العلة وهي الكيل مع الجنس
او تفاحة بتفاحة او بيضة ببيضة يجوز عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز لوجود
الطعم لان حرمة بيع المطعوم بجنسه هو الاصل عنده والتساوي في الكيل او الوزن
عنده م او الوزن صح
مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة ولم يوجد المخلص فبقي على اصل الحرمة
واما ربا النسا وفروعه وما يدخل الاختلاف فيه فالاصل فيه ما روي عن
ابراهيم النخعي رحمه الله انه قال اسلم ما يكال فيما يوزن واسلم ما يوزن فيما
يكال ولا تسلم ما يكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن واذا اختلف النوعان
مما يكال او يوزن فلا باس به اثنان بواحد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة ولا بد من
فيه م
شرح هذه الجملة وتفصيل ما يحتاج منها الى التفصيل لانه رحمه الله اجرى
القضية فيها عامة ومنها ما يحتمل العموم ومنها ما لا يحتمل فلا بد من بيان
ذلك فنقول وبالله التوفيق لا يجوز اسلام المكيلات في المكيلات على العموم
سوا كانا مطعومين كالحنطة في الحنطة او في الشعير او غير مطعومين كالجص
في الجص او في النورة وكذلك بيع المكيل بمكيل حالا الا سلما لكن دينا موصوفا
في الذمة لا يجوز سوا كانا من جنس واحد او جنسين مطعومين كانا
او غير مطعومين عندنا لان احد وصفي علة ربا الفضل جمعهما وهو الكيل
وعند الشافعي رحمه الله ان كانا مطعومين فكذلك وان لم يكونا مطعومين
جاز لان العلة عنده الطعم واما اسلام الموزونات في الموزونات ففيه
تفصيل ان كانا جميعا مما يتعينان في العقد لا يجوز ايضا سوا كانا مطعومين
كالسكر في الزعفران او غير مطعومين كالحديد في النحاس لوجود احد
وصفي علة ربا الفضل الذي هو علة تامة لربا النسا وعند الشافعي رحمه الله
يجوز في غير المطعوم ولا يجوز في المطعوم لما قلنا وان كانا مما لا يتعينان
في العقد كالدراهم في الدنانير والدنانير في الدراهم او الدراهم في الدراهم
والدنانير في الدنانير او لا يتعين المسلم فيه كالحديد في الدراهم والدنانير
لا يجوز لان المسلم فيه مبيع لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم فهذا يقتضي ان يكون السلم بيع ما ليس
عند الانسان لانه رخص في بعض تحت النهي والداخل تحت النهي هو البيع
ما دخل م
دل ان السلم نوع بيع ليستقيم اثبات الرخصة فيه وكان المسلم فيه مبيعا
والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعا
في عقود المعاوضات فلم يكونا مبيعين فلا يصلحان مسلما فيهما وان كان

راس المال مما لا يتعين والمسلم فيه مما يتعين كما اذا اسلم الدراهم او الدنانير
في الزعفران او في القطن او الحديد وغيرهما من ساير الموزونات فانه يجوز
لانعدام العلة وهي القدر المتفق او الجنس اما المجانسة فظاهرة الانتفا
واما القدر المتفق فلان وزن الثمن مخالف وزن المثمن الا ترى ان الدراهم
توزن بالمثاقيل والقطن والحديد يوزنان بالقبان فلم يتفق القدر فلم
توجد العلة فلا يتحقق الربا هذا اذا اسلم الدراهم او الدنانير في سائر
الموزونات فاما اذا اسلم نقرة فضة او تبر ذهب او المصوغ منهما فهل
يجوز ذكر الاختلاف فيه بين ابي يوسف وزفر على قول ابي يوسف يجوز
وعلى قول زفر لا يجوز وجه قول زفر انه وجد علة ربا النسا وهي احد
وصفي علة ربا الفضل وهو الوزن في المالين فيتحقق الربا وجه قول
ابي يوسف ان احد الوصفين الذي هو علة الربا القدر المتفق لا مطلق
القدر ولم يوجد لان النقرة او التبر من جنس الاثمان واصل الاثمان ووزن
الثمن يخالف وزن المثمن على ما ذكرنا فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا
يتحقق الربا كما اذا اسلم فيها الدراهم والدنانير ولو اسلم فيها الفلوس
جاز لان الفلس عددي والعدد في العدديات ليس من اوصاف العلة
ولو اسلم فيها الاواني الصفرية ينظر ان كانت تباع وزنا لم يجز لوجود الوزن
لانعدام العلة واما اسلام المكيلات في الموزونات فهو ايضا على التفصيل
فان كان الموزون مما يتعين بالتعيين يجوز سواء كانا مطعومين كالحنطة
في الزيت او الزعفران او غير مطعومين في الحديد لوجود العلة وان كان
مما لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لا يجوز لما مر ان شرط جواز
السلم ان يكون المسلم فيه مبيعا والدراهم والدنانير اثمان ابدا بخلاف
ساير الموزونات ثم اذا لم يجز هذا العقد سلما هل يجوز بيعا ينظر ان كان
بلفظ البيع يجوز ويكون بيعا بثمن موجل لانه ان تعذر تصحيحه سلما
امكن تصحيحه بيعا بثمن موجل فيجعل بيعا به وان كان بلفظ السلم اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لان السلم يخالف مطلق البيع في الاحكام والشرايط
فاذا لم يصح سلما بطل راسا وقال بعضهم يجوز لان السلم نوع بيع الا ترى ان
النبي صلى الله عليه وسلم سماه بيعا حيث نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم ولهذا ينعقد بلفظ البيع الا انه اختص بشرايط مخصوصة فاذا تعذر
تصحيحه سلما يجعل بيعا بثمن موجل تصحيحا للتصرف بالقدر الممكن واما اسلام

الذي هو احد وصفي علة ربا الفضل وان كانت تباع عددا جاز م

كالحمص م

ط او الحنطة في الحديد عندنا لعدم العلة وعند الشافعي لا يجوز في المطعومين صح

الموزونات

الموزونات في المكيلات فجائز على العموم سواء كان الموزون الذي جعله راس المال عرضا
يتعين بالتعيين او ثمنا لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لانه لم
يجمعهما احد الوصفين وهو القدر المتفق او الجنس فلم توجد العلة ولو
اسلم جنسا في جنسه وغير جنسه كما اذا اسلم مكيلا في مكيل وموزون
لم يجز السلم في جميعه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز في حصة
خلاف الجنس وهو الموزون وهو على اختلافهم فيمن جمع بين حر وعبد وباعهما
صفقة واحدة وقد ذكرنا فيما تقدم واما اسلام غير المكيل والموزون في جنسه
من الذرعيات والعدديات كالهروي في الهروي والمروي في المروي والحيوان
في الحيوان فلا يجوز عندنا وعند الشافعي يجوز ولقب المسئلة ان الجنس
بانفراده يحرم النسا عندنا وعنده لا يحرم ولا يجوز اسلام الجوز في الجوز والبيض
في البيض والتفاح في التفاح والحفنة في الحفنة بالاجماع لوجود الجنس
عندنا ولوجود الطعم عنده واجمعوا على انه يجوز اسلام الهروي في المروي
لانعدام احد الوصفين عندنا وعنده لانعدام الطعم والثمنية ويجوز اسلام
الجوز في البيض والتفاح في السفرجل والحيوان في الثوب عندنا لما قلنا
وعنده لا يجوز في المطعوم لوجود الطعم ولو اسلم الفلوس في الفلوس لا يجوز
عندنا لوجود الجنس وعنده لوجود الثمنية وكذا اذا اسلم الاواني الصفرية
في جنسها وهي تباع عددا لا يجوز عندنا لوجود المجانسة وعنده لوجود
الثمنية والكلام في مسايل الجنس بانفراده مبني على الكلام في مسئلة
الربا واصل الشافعي فيها ما ذكرنا ان حرمة بيع المطعوم بجنسه وحرمة
بيع الاثمان بجنسها هي الاصل والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص
عن الحرمة بطريق الرخصة او ربا النسا عنده هو فضل الحلول على الاجل
في المطعومات والثمنية في الاثمان وقد ذكرنا ما له من الدليل على صحة هذا
الاصل فيما تقدم والكلام لاصحابنا في هذه المسايل على نحو ما ذكرنا في علة ربا
الفضل وهو ان السلم في المطعومات والاثمان انما كان ربا لكونه فضلا خاليا
عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة لان البيع عقد مبادلة على
طريق المقابلة والمساواة في البدلين ولهذا لو كانا نقدين يجوز ولا مساواة
بين النقد والنسية لان العين خير من الدين والمعجل اكثر قيمة من المؤجل
وكان ينبغي ان يكون كل فضل مشروط في البيع ربا سواء كان الفضل من
حيث الذات او من حيث الاوصاف الا ما لا يمكن التحرز عنه دفعا للحرج

وفصل التعيين يمكن التحرز عنه بان يبيع عينا بعين وحالا غير موجل هذا المعنى
موجود في غير المطعوم والاثمان فورود الشرع ثمة يكون ورودا هاهنا دلالة
وابتدا الدليل لنا في المسلة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا الا في النسية
وروي انما الربا في النسية حقق الربا في النسية من غير فصل بين المطعوم والاثمان
وبين غيرها فيجب القول بتحقيق الربا فيها على الاطلاق والعموم الا ما خص او
قيد بدليل والربا حرام بنص الكتاب واذا كان الجنس احد وصفي علة ربا
الفضل وعلة ربا النسا عندنا وشرط ربا الفضل عنده فلا بد من معرفة الجنس
من كل ما يجري فيه الربا فنقول وبالله التوفيق الحنطة كلها على اختلاف
انواعها واوصافها وبلدانها جنس واحد وكذا الشعير وكذلك دقيقهما
وكذا سويقهما وكذلك التمر وكذلك الملح وكذلك الزبيب وكذلك
الذهب والفضة فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه متفاضلا في الكيل
وان تساويا في النوع والصفة بلا خلاف واما متساويا في الكيل متفاضلا
في النوع والصفة فنقول لا خلاف في انه يجوز بيع الحنطة بالحنطة السقية
بالسقية والبخسية بالبخسية واحداهما بالاخرى والجيدة بالجيدة
والردية بالردية واحداهما بالاخرى والجديدة بالجديدة والعتيقة
بالعتيقة واحداهما بالاخرى والمقلوة بالمقلوة وكذلك الشعير على هذا
وكذلك دقيق الحنطة ودقيق الشعير فيجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة
وسويق الحنطة بسويق الحنطة وكذا دقيق الشعير وسويقه وكذلك
التمر بالتمر البرني بالمعقلي والجيد بالردي والجديد بالجديد والعتيق
بالعتيق واحداهما بالاخر وكذلك العنب بالعنب والزبيب اليابس
بالزبيب اليابس ولا خلاف في انه لا يجوز بيع حنطة مقلية بحنطة
غير مقلية والمطبوخة بغير مطبوخة وبيع الحنطة بدقيق الحنطة
وبسويق الحنطة وبيع تمر مطبوخ بتمر غير مطبوخ متفاضلا في الكيل
او متساويا فيه لان المقلية ينضم بعض اجزايها الى بعض يعرف ذلك
بالتجربة فيتحقق الفضل من حيث القدر في الكيل فيتحقق الربا وكذلك المطبوخة
بغير المطبوخة لان المطبوخة تنتفخ بالطبخ فكان غير المطبوخة اكثر
قدرا عند العقد فيتحقق الفضل وكذلك بيع الحنطة بدقيق الحنطة لان
في الحنطة دقيقا الا انه مجتمع لوجود المانع من التفرق وهو التركيب
وذلك اكثر من الدقيق المتفرق عرف ذلك بالتجربة الا ان الحنطة اذا

طحنت

طحنت ازداد دقيقها على المتفرق ومعلوم ان الطحن لا اثر له في زيادة القدر
فدل انه كان ازيد في الحنطة فيتحقق الفضل من حيث القدر بالتجربة عند
العقد فيتحقق الربا واما بيع الحنطة المبلولة او الندية بالندية او الرطبة
بالرطبة او المبلولة بالمبلولة او باليابسة وبيع التمر بالرطب والرطب بالرطب (اليابسة صح)
او بالتمر والمنقع بالمنقع والعنب بالزبيب اليابس واليابس بالمنقع والمنقع
بالمنقع متساويا في الكيل فهل يجوز قال ابو حنيفة كل ذلك جايز وقال
ابو يوسف كله جايز الا بيع التمر بالرطب وقال محمد كله فاسد الا بيع الرطب
بالرطب والعنب بالعنب وقال الشافعي كله باطل ويجوز بيع الكفرى
بالتمر والرطب والبسر متساويا ومتفاضلا بالاجماع لعدم الكيل والجنس
اذ هو اسم لوعا الطلع فابو حنيفة رحمه الله يعتبر المساواة في الحال عند
العقد ولا يلتفت الى النقصان في المال ومحمد يعتبرها حالا ومالا واعتبار
ابي يوسف مثل اعتبار ابي حنيفة الا في الرطب بالتمر فانه يفسده بالنص
واصل الشافعي رحمه الله ما ذكرنا في مسلة علة الربا ان حرمة بيع المطعوم (بلغ)
بجنسه هي الاصل والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص الا انه يعتبر
التساوي هاهنا في المعيار الشرعي في اعدل الاحوال وهي حالة الجفاف
احتج ابو يوسف ومحمد بما روي عن سعيد بن ابي وقاص رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وقال انه ينقص
اذا جف بين الحكم وعلته وهي النقصان عند الجفاف فمحمد رحمه الله عدا
هذا الحكم الى حيث تعدت العلة وابو يوسف قصره على محل النص لكونه
حكما ثبت على خلاف القياس ولابي حنيفة رحمه الله الكتاب والسنة المشهو (رة)
اما الكتاب فعمومات البيع من نحو قوله تعالى واحل الله البيع وقوله
يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم فظاهر النصوص يقتضي جواز كل بيع الا ما خص بدليل وقد خص
البيع متفاضلا على المعيار الشرعي فبقي البيع متساويا على ظاهر العموم
واما السنة المشهورة فحديث ابي سعيد الخدري وعبادة بن الصامت
رضي الله عنهما حيث جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة (بيع صح)
والشعير بالشعير والتمر بالتمر مثلا بمثل عاما مطلقا من غير تخصيص
وتقييد ولا شك ان اسم الحنطة والشعير على كل جنس على اختلاف انواعهما (يقع صح)
واوصافهما وكذلك اسم التمر يقع على الرطب والبسر لانه اسم لتمر النخل لغة

فيدخل فيه الرطب واليابس والمذنب والبسر والمنقع وروي ان عامل خيبر
اهدي الي رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا جنيبا فقال عليه السلام اوكل تمر
خيبر هكذا فقال وكان اهدي اليه رطبا اطلق اسم التمر علي الرطب وروي
انه نهي عن بيع التمر حتي يزهي اي يحمر او يصفر وروي حتي يحمار او
يصفار والاحمرار والاصفرار من اوصاف البسر فقد اطلق اسم التمر
علي البسر فيدخل تحت النص واما الحديث فمداره علي زيد بن عياش
وهو ضعيف عند النقلة فلا يقبل في معارضة الكتاب والسنة المشهوره
ولهذا لم يقبله ابو حنيفة رحمه الله في المناظرة في معارضة الحديث المشهور
مع انه كان مرضيا وفنه الحديث وكان من مذهبه تقديم الخبر وان كان
في حد الاحاد علي القياس بعد ان كان راويه عدلا ظاهر العدالة او ناوله
فنحمله علي بيع الرطب بالتمر نسيئة او تمرا من مال اليتيم توفيقا بين
الدلايل صيانة لها عن التناقض والله اعلم وكذلك الذهب والفضة لا يجوز
بيع كل بجنسه متفاضلا في الوزن سوا اتفقا في النوع والصفة بان كانا مضروبين
دراهم او دنانير او مصوغين او تبرين جيدين او رديين او اختلفا للحديث
المشهور مثلا بمثل والفضل ربا واما متساويا في الوزن متفاضلا في النوع والصفة
كالمصوغ بالتبر والجيد بالردي فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز بيع
الجيد بالردي واحتج بالحديث المشهور مثلا بمثل ولا مماثلة بين الجيد
والردي في القيمة ولنا الحديث المشهور مثلا بمثل والمراد منه المماثلة
في الوزن وكذا روي في بعض الروايات وزنا بوزن وقوله صلى الله عليه وسلم
جيدها ورديها سوا وبه تبين ان الجودة عند المقابلة بجنسها لا قيمة
مع اللحم باللحم
لها شرعا فلا يظهر الفضل واللحوم معتبرة باصولها فان تجانس الاصلان
تجانس اللحمان فتراعي فيه المماثلة ولا يجوز الا متساويا وان اختلف الاصلان
اختلف اللحمان فيجوز بيع احدهما بالاخر متساويا ومتفاضلا بعد ان يكون
يدا بيد ولا يجوز نسيئة لوجود واحد وصفي علة ربا الفضل وهو الوزن
اذا عرف هذا فنقول لحوم الابل كلها علي اختلاف انواعها من لحوم العراب
والبخاتي والهجين وذي السنامين وذي سنام واحد جنس واحد
لان الابل كلها جنس واحد ولحوم الغنم من الضان والنعجة والمعز والتيس
فكذا لحومها وكذا لحوم البقر والجواميس كلها جنس واحد صح
جنس واحد اعتبارا بالاصول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اللحوم
كلها جنس واحد اتحدت اصولها او اختلفت حتي لا يجوز بيع لحم الابل بالبقر

والبقر

135

والبقر بالغنم متفاضلا وجه قوله ان اللحمين استويا اسما ومنفعة وهي التغذي
والتقوي فاتحد الجنس فلزم اعتبار المماثلة في بيع بعضها ببعض ولنا
ان اصول هذه اللحوم مختلفة الجنس وكذا اللحوم لانها فروع تلك الاصول
واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع قوله الاسم شامل والمقصود متحد
قلنا المعتبر في اتحاد الجنس اتحاد المقصود الخاص لا العام الا تري ان المطعومات
كلها في معني الطعم متحدة ثم لا تجعل كلها جنسا واحدا كالحنطة مع الشعير
ونحو ذلك حتي يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا مع اتحادهما في معني الطعم
لكن لما كان ذلك معني عاما لم يوجب اتحاد الجنس كذا هذا وروي عن ابي يوسف
انه يجوز بيع الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كانا من جنس واحد لانه
لا يوزن عادة وعلي هذا البان هذه الحيوانات حكمها حكم اصولها عند
الاتحاد والاختلاف لانها متفرعة من الاصول فكانت معتبرة باصولها وكذا
خل الدقل مع خل العنب جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنافع وكذا مع
اعتبارا باصلهما واللحم مع الشحم جنسان مختلفان صح
الالية والالية مع الشحم جنسان مختلفان لما قلنا وشحم البطن مع شحم الظهر
والالية لانه لحم سمين وصوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لاختلاف
جنسان مختلفان وكذا مع الالية بمنزلة اللحم مع شحم البطن صح
الاسم والمنفعة وكذا غزل الصوف مع غزل الشعر والقطن مع الكتان جنسان
مختلفان وكذا غزل القطن مع غزل الكتان ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن
متساويا لان القطن ينقص بالغزل فلا يجوز بيع احدهما بالاخر كبيع الدقيق
بالحنطة واما الحيوان مع اللحم فان اختلف الاصلان فهما جنسان مختلفان كالشاة
الحية مع لحم الابل والبقر فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة نقدا ونسيئة لانعدام
الوزن والجنس فلا يتحقق الربا اصلا وان اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشاة من
مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشاة
الحية مجازفة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعللوا لهما بانه باع الجنس بخلاف
الجنس ومنهم من اعتبرهما جنسا واحدا وبنوا مذهبهما علي ان الشاة ليست
بموزونة وجريان ربا الفضل يعتمد اجتماع الوصفين الجنس مع القدر فيجوز
بيع احدهما بالاخر مجازفة ومفاضلة بعد ان تكون يدا بيد وهو الصحيح
علي ما عرف في الخلافيات وقال محمد لا يجوز الا علي وجه الاعتبار وهو
ان يكون وزن اللحم الخالص اكثر من اللحم الذي في الشاة الحية بالحزر والظن
ليكون اللحم باللحم والزيادة بازا خلاف الجنس من الاطراف والسقط من
الراس والاكارع والجلد والشحم فان كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذي في الشاة

الحية او اقل او لا يدري لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع الشاة الحية بشحم
الشاة او بالبتها وهذا مذهب اصحابنا وقال الشافعي اللحوم كلها جنس واحد
فلا يجوز بيع اللحم بالحيوان كيف ما كان سوا اتفق الاصلان او اختلفا باع
مجازفة او على طريق الاعتبار واجمعوا على انه لا يجوز بيع الشاة بلحم الشاة
نسية لوجود الجنس المحرم للنسا لان اللحم الخالص من جنس اللحم الذي في الشاة
واجمعوا على انه لا يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم الا على طريق الاعتبار وهو
ان يكون الدهن الخالص اكثر من الدهن الذي في السمسم حتى يكون الدهن بازا الدهن
والزايد بازا خلاف جنسه وهو الكسب وكذا دهن الجوز بلب الجوز واما
دهن الجوز بالجوز فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز مجازفة وقال
بعضهم لا يجوز الا على طريق الاعتبار واجمعوا على ان بيع النصال بالحديد غير
المصنوع جايز مجازفة بعد ان يكون يدا بيد اما الكلام مع الشافعي
فهو يبني مذهبه على اصل له ذكرناه غير مرة وهو ان حرمة بيع ماكول
بجنسه هو العزيمة والجواز عند التساوي في المعيار الشرعي رخصة ولا يعرف
التساوي بين اللحم الخالص وبين اللحم الذي في الشاة فبقي على اصل الحرمة وقد
ابطلنا هذا الاصل في علة الربا. واما الكلام مع اصحابنا فوجه قول محمد رحمه الله
ان في تجويز المجازفة ها هنا احتمال الربا فوجب التحرز عنه ما امكن وامكن
بمراعاة طريق الاعتبار فلزم مراعاته قياسا على بيع الدهن بالسمسم والدليل
على ان فيه الربا ان اللحم موزون فيحتمل ان يكون اللحم المنزوع اقل من اللحم الذي
في الشاة وزنا فيكون شي من اللحم مع السقط زيادة ويحتمل ان يكون مثله في
الوزن فيكون السقط زيادة فوجب مراعاة طريق الاعتبار تحرزا عن الربا
عند الامكان ولهذا لم يجز بيع دهن السمسم بالسمسم والزيت بالزيتون
الا على طريق الاعتبار كذا هذا ولهما ان هذا بيع الموزون بما ليس بموزون
يدا بيد فيجوز مجازفة ومفاضلة استدلالا ببيع الحديد غير المصنوع
بالنصال مجازفة ومفاضلة يدا بيد ودلالة الوصف ان اللحم المنزوع وان
كان موزونا فاللحم الذي في الشاة ليس بموزون لان الموزون ما له طريق الى
معرفة مقدار ثقله ولا طريق الى معرفة ثقل اللحم الذي في الشاة لان الطريق
اما ان يكون الوزن بالقبان واما ان يكون بالاستدلال بالتجربة واما ان يكون
بالحزر والتخمين من غير تفاوت فاحش وشي من ذلك لا يصلح طريقا لمعرفة
مقدار اللحم الذي في الشاة اما الوزن بالقبان فلان الشاة لا توزن بالقبان عرفا

وعاده

وعادة ولو صلح الوزن طريقا الوزن لان امكان الوزن ثابت والحاجة الى معرفة مقدار
اللحم الذي فيها ماسة حتى يتعرف المشتري ذلك بالجس والمس باليد والرفع
من الارض ونحو ذلك ولان الحي يثقل نفسه مرة ويخفف اخرى فيختلف وزنه
فدل ان الوزن لا يصلح طريق المعرفة واما التجربة فان ذلك بالذبح ووزن المذبوح
ليعرف اللحم الذي كان فيها عند العقد بطريق الظهور لا يمكن لان الشاة يحتمل الزيادة
والنقصان والسمن والهزال ساعة فساعة فلا يعرف به مقدار ثقله حالة
العقد بالتجربة واما الحزر والظن فانه لا حزر لمن لا بصارة له في هذا الباب
يخطي لا محالة ومن له بصارة يغلط ايضا ظاهرا وغالبا ويظهر تفاوت
فاحش فدل انه لا طريق لمعرفة اللحم الذي في الشاة الحية فلم تكن موزونا فلا
تكون محلا لربا الفضل بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم لان ذلك بيع الموزون
بالموزون لانه يمكن معرفة مقدار الدهن في السمسم بالتجربة بان يوزن قدر
من السمسم فيستخرج دهنه فيظهر قدر الدهن الذي في الجملة بالقياس عليه
او يعصر الجملة فيظهر قدر الدهن الذي كان فيها حالة العقد او يعرف
بالحزر والتخمين انه كم يخرج من الدهن من هذا القدر من غير تفاوت فاحش
يلحق الضرر باحد العاقدين فكان ذلك بيع الموزون بالموزون مجازفة فلم
يجز لاحتمال الربا والله اعلم ولو باع شاة مذبوحة غير مسلوخة بلحم شاة يجوز
الا على طريق الاعتبار بالاجماع لان اللحم الذي في الشاة المذبوحة موزون فقد
باع الموزون بجنسه وبخلاف جنسه فيراعى فيه طريق الاعتبار بخلاف
اللحم الذي في الشاة الحية فانه غير موزون لما قلنا فلم يتحقق الربا فجازت
المجازفة فيه ولو باع شاة حية بشاة مذبوحة غير مسلوخة مجازفة
جاز بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه باع الموزون بما ليس بموزون فلا
يتحقق الربا كما اذا باع شاة حية بلحم الشاة واما عند محمد فلان اللحم يقابل
اللحم وزيادة اللحم في احداهما مع سقطها يكون بمقابلة سقط الاخرى فلا
يتحقق الربا. وكذلك لو باع شاتين حيتين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة
جاز بالاجماع على اختلاف الاصلين ولو باع شاتين مذبوحتين غير
مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز ويكون اللحم بمقابلة
اللحم وزيادة اللحم في احد الجانبين مع السقط يكون بمقابلة سقط الاخرى
ولو باع شاتين مذبوحتين مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة
يجوز ويقابل اللحم باللحم ومقابلة اللحم من المسلوختين بمقابلة سقط الاخرى

وزيادة

ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة مذبوحة مسلوخة لا يجوز
لان زيادة اللحم من غير المسلوختين مع السقط لا يقابله عوض فيكون ربا
ولو باع شاتين مسلوختين بشاة مسلوخة لا يجوز لانهما مالان جمعهما الوزن
فلا يجوز بيع احدهما بالاخر مفاضلة ومجازفة حتى لو كانا مستويين
في الوزن يجوز يدا بيد ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون ودهن الكتان بالكتان
والعصير بالعنب والسمن بلبن فيه سمن والصوف بشاة على ظهرها
صوف واللبن بحيوان في ضرعه لبن من جنسه والتمر بارض ونخل عليه
تمر والحنطة بارض فيها زرع قد ادرك ونحو ذلك من اموال الربا حتى
يكون المفرد اكثر من المجموع ليكون المثل بالمثل والزيادة بمقابلة خلاف
الجنس وسنذكر اجناس هذه المسايل في مواضعها ان شاء الله تعالى هذا اذا
قوبل بدل من جنس ببدل من جنسه او ببدلين من جنسه او من خلاف
جنسه فاما اذا قوبل ابدال من جنسين مختلفين بابدال من جنسين مختلفين
فان كان من غير اموال الربا فلا شك انه يجوز وتنقسم الابدال من احد
الجانبين بالابدال من الجانب الاخر قسمة توزيع واشاعة من حيث
التقويم وان كان في اموال الربا فيجوز ايضا عند اصحابنا الثلاثة ويصرف
الجنس الى خلاف الجنس فينقسم قسمة تصحيح لا قسمة اشاعة وتوزيع
وعند زفر والشافعي لا يجوز وينقسم قسمة توزيع واشاعة من حيث القيمة
كما في غير اموال الربا وبيان ذلك في مسايل اذا باع كر حنطة وكر شعير
بكري حنطة وكري شعير جاز عند علمائنا الثلاثة وتصرف الحنطة الى
الشعير والشعير الى الحنطة وعندهما لا يجوز وكذلك اذا باع درهما
ودينارا بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم الى الدينارين والدينار
الى الدرهمين وجه قول زفر والشافعي ان هذا بيع ربا فلا يجوز كبيع
الدرهم بدرهمين والدينار بالدينارين ودلالة الوصف انه قابل الجملة
بالجملة مطلقا ومطلق مقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام كل بدل من احد
الجانبين بجميع الابدال من الجانب الاخر على سبيل الشيوع من حيث القيمة
اذا كانت الابدال مختلفة البدل القيم استدلالا بساير البياعات في غير اموال
الربا فانه اذا باع عبدا وجارية بفرس وثوب وقيمتهما
مختلفة يقسم العبد على قيمة الفرس والثوب وكذلك الجارية حتى لو وجد
بواحد من الجملة عيبا يرده بحصته من البدلين وكذا لو استحق واحد

منها

137

منها يرده بحصته من البدلين على البايع وكذا لو كان احد البدلين دارا فالشفيع ياخذها
بحصتها من البدلين فكان التقسيم على الوجه الذي قلنا هو الموجب الاصلي في
البياعات كلها والانقسام على هذا الوجه في اموال الربا يحقق الربا وانه مفسد
للعقد كبيع الصبرة بالصبرة مجازفة ولنا عمومات البيع من غير فصل فمن
ادعى التخصيص فعليه الدليل ولان المتعاقدين اطلقا مقابلة الجملة بالجملة والمطلق
يتعرض للذات لا للصفات والجهات فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عينا ولا
مقابلة الجنس بخلاف الجنس عينا فلا يتحقق الربا لانه اسم لفضل مال في مقابلة
الجنس بالجنس عينا ولم يوجد او نقول مطلق المقابلة يحتمل مقابلة الجنس بالجنس
على سبيل الشيوع من حيث القيمة كما قلتم ويحتمل مقابلة الجنس بخلاف الجنس
لان كل ذلك مقابلة الجملة بالجملة الا انا لو حملناه على الاول يفسد العقد ولو
حملناه على الثاني يصح فالحمل على ما فيه الصحة اولى قوله موجب البيع المطلق
المشتمل على ابدال من الجانبين انقسام كل بدل من احد الجانبين على جميع الابدال من الجانب
الاخر على سبيل الشيوع من حيث التقويم قلنا ممنوع ان هذا موجب العقد المطلق
في موضع وفي مسايل البياعات في غير اموال الربا ما ثبت الانقسام موجبا له بل
لحكم المعاوضة والمساواة في الابدال لانهما لما اطلقا البيع وهو يشتمل على ابدال
من الجانبين من غير تعيين مقابلة البعض بالبعض وليس البعض اولى من البعض
في التعيين فلزم القول بالاشاعة والتقسيم من حيث القيمة حكما للمعاوضة
ق والمساواة وعند تحقق الضرورة وهي ضرورة الرد بالعيب والرجوع عند الاستحقاق
ونحو ذلك فلا يثبت الانقسام عند القيمة قبل تحقق الضرورة على ما عرف
قوله فيه احتمال الربا قلنا احتمال الربا هنا يوجب فساد العقد عند مقابلة
الجنس بالجنس عينا كما في بيع الصبرة بالصبرة لا على الاطلاق لان عند مقابلة
الجنس بالجنس يلزم رعاية المماثلة المشروطة ولم يوجد ها هنا فلا يوجب
الفساد وعلى هذا اذا باع دينارا ودرهمين بدرهمين ودينارين انه يجوز
عندنا ويكون الدينار بالدرهمين والدرهمان بالدينارين وكذا اذا باع
درهمين ودينارا بدينارين ودرهم يجوز عندنا بان تجعل الدرهمان
بالدينارين والدينار بالدرهم وكذلك اذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم
ودينار انه جايز عندنا وتكون الخمسة بمقابلة الخمسة والخمسة الاخرى
بمقابلة الدينار وكذلك اذا باع احد عشر درهما بعشرة ودينار جاز عندنا
وكانت العشرة بمثلها والدينار بدرهم وكذلك ذكر ابو حنيفة انه اذا باع مائة

لانه يصير بايعا كر حنطة بكري شعير وكر شعير بكري حنطة وكر حنطة بكري شعير وعلى انه لا يتحقق الربا فيه يتحقق فيه احتمال الربا صح

التسع مائة

درهم ودينارا بالف درهم يجوز ولا باس به وتكون المائة بمقابلة المائة والتسع مائة بمقابلة الدينار فلا يتحقق الربا وكذا روي عن محمد رحمه الله انه قال اذا باع الدراهم بالدراهم وفي احدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس فهو جائز في الحكم ولكني اكرهه فقيل له كيف تجد في قلبك قال اجده مثل الجبل والحاصل انه ينظر الى ما يقابل الزيادة من حيث الوزن من خلاف الجنس ان بلغت قيمته قيمة الزيادة او كانت اقل منها مما يتغابن الناس فيه عادة جاز البيع من غير كراهة وان كانت شيئا قليل القيمة كفلس وجوزة ونحو ذلك يجوز مع الكراهة وان كان شيئا لا قيمة له اصلا ككف من تراب ونحوه لا يجوز البيع اصلا لان الزيادة لا يقابلها عوض فيتحقق الربا والله اعلم

فصل

واما شرايط جريان الربا فمنها ان يكون البدلان معصومين فان كان احدهما غير معصوم لا يتحقق الربا عندنا وعند ابي يوسف هذا ليس بشرط ويتحقق الربا وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا فباع حربيا درهما بدرهمين او غير ذلك من ساير البيوع الفاسدة في حكم الاسلام انه يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز وعلى هذا الخلاف المسلم الاسير في دار الحرب او الحربي الذي اسلم هناك ولم يهاجر الينا فبايع احدا من اهل الحرب وجه قول ابي يوسف ان حرمة الربا كما هي ثابتة في حق المسلمين فهي ثابتة في حق الكفار لانهم مخاطبون بالحرمات في الصحيح من الاقوال فاشتراطه في البيع يوجب فساده كما اذا بايع المسلم الحربي المستامن في دار الاسلام ولهما ان مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه الا ان المسلم المستامن منع من تملكه من غير رضاه لما فيه من الغدر والخيانة فاذا بذله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى فكان الاخذ استيلا على مال مباح غير مملوك وانه مشروع مفيد للملك كالاستيلا على الحطب والحشيش وبه تبين ان العقد هاهنا ليس بتمليك بل هو تحصيل شرط التملك وهو الرضا لان ملك الحربي لا يزول بدونه وما لم يزل ملكه لا يقع الاخذ تملكا لكنه اذا زال فالملك للمسلم يثبت بالاخذ والاستيلا لا بالعقد فلا يتحقق الربا لان الربا اسم لفضل يستفاد بالعقد بخلاف المسلم اذا بايع حربيا دخل دار الاسلام بامان لانه استفاد العصمة بدخوله دار الاسلام بامان والمال المعصوم لا يكون محلا للاستيلا فتعين التملك

فيه

بالعقد صح

في الاسلام صح

فيه وشرط الربا في العقد مفسد له وكذلك الذمي اذا دخل دار الحرب فباع حربيا درهما بدرهمين او غير ذلك من البيوع الفاسدة فهو على الخلاف الذي ذكرناه لان ما جاز من بيوع المسلمين جاز من بيوع اهل الذمة وما يبطل او يفسد من بيوع المسلمين يبطل او يفسد من بيوعهم الا الخمر والخنزير على ما نذكره ان شا الله تعالى ومنها ان يكون البدلان متقومين شرعا وهو ان يكونا مضمونين حقا للعبد فان كان احدهما غير مضمون حقا للعبد لا يجري فيه الربا وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا دخل المسلم دار الحرب فبايع رجلا اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا درهما بدرهمين او غير ذلك من البيوع الفاسدة في دار الاسلام انه يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز لان العصمة وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا تضمن نفسه بالقصاص ولا بالدية عنده وكذا ماله لا يضمن بالاتلاف لانه تابع للنفس وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان والمسالة تاتي في كتاب السير ان شا الله تعالى ولو دخل مسلمان دار الحرب فتبايعا درهما بدرهمين او غيره من البيوع الفاسدة في دار الاسلام لا يجوز لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم فكان التملك بالعقد فيفسد بالشرط الفاسد ولو اسلم الحربي الذي بايع المسلم ودخل دار الاسلام او اسلم اهل الدار فما كان من ربا مقبوض او بيع فاسد مقبوض فهو جائز ماض وما كان غير مقبوض يبطل لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مومنين امرهم بترك ما بقي من الربا والامر بترك ما بقي من الربا نهي عن قبضه فكانه قال لا تقبضوه فيقتضي حرمة القبض وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل ربا في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي والوضع عبارة عن الحط والاسقاط وذلك فيما لم يقبض ولان بالاسلام حرم ابتدا العقد فكذا القبض بحكم العقد لانه تقرير العقد وتاكيده فيشبه العقد فيلحق به اذ هو عقد من وجه فيلحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطا ومتى حرم القبض لم يكن في بقا العقد فايدة ومنها ان لا يكون البدلان ملكا لاحد المتبايعين فان كان لا يجري الربا وعلى هذا يخرج العبد الماذون اذا بايع مولاه درهما بدرهمين وليس عليه دين انه يجوز لانه اذا لم يكن عليه دين فما في يده لمولاه فكان البدلان ملك المولى فلا يكون هذا بيعا فلا يتحقق الربا اذ هو مختص بالبياعات

وكذلك بيع المتفاوضين درهما بدرهمين يجوز لان البدل من كل واحد منهما
مشترك بينهما وكان مبادلة ماله بماله فلا يكون بيعا ولا مبادلة حقيقة
وكذلك الشريكان شركة عنان اذا تبايعا درهما بدرهمين من مال الشركة
جاز لما قلنا ولو تبايعا من غير مال الشركة لا يجوز لانهما في غير مال الشركة
اجنبيان ولو كان على العبد المادون دين فباع مولاه درهما بدرهمين لا يجوز
بالاجماع اما عند ابي حنيفة فظاهر لان المولى لا يملك كسب عبده المادون
المديون عنده فلم يجتمع البدلان في ملك واحد وعندهما وان كان يملكه لكن
ملكا محجورا عن التصرف فيه لتعلق حق الغرما به وكان المولى كالاجنبي عنه
وكذلك المولى اذا عاقد مكاتبه عقد الربا لم يجز لان المكاتب في حق الاكساب
ملحق بالاحرار لانقطاع تصرف المولى عنها فاشبه الاجانب والله اعلم واما
اسلام المتبايعين فليس بشرط لجريان الربا فيجري الربا بين اهل الذمة وبين
المسلم والذمي لان حرمة الربا ثابتة في حقهم لان الكفار مخاطبون بشرايع
هي حرمات وان لم يكونوا مخاطبين بشرايع هي عبادات عندنا وقال
الله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه واكلهم اموال الناس بالباطل وروي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر اما ان تذروا الربا او
تاذنوا بحرب من الله ورسوله وهذا في نهاية الوعيد فيدل على نهاية الحرمة
ومنها الخلو عن احتمال الربا فلا تجوز المجازفة في اموال الربا بعضها
ببعض لان حقيقة الربا كما هي مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسد له ايضا
لقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ما اجتمع الحرام والحلال في شي الا وقد
غلب الحرام الحلال والاصل فيه ان كل ما جاز فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة
وما لا فلا لان التماثل او الخلو عن الربا فيما يجري فيه الربا لما كان شرط
الصحة ولا يعلم تحقق المماثلة بالمجازفة يقع الشك في وجود شرط
الصحة فلا تثبت الصحة على الاصل المعهود في الحكم المعلق على شرط اذا وقع
الشك في وجود شرطه انه لا يثبت لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك
كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وبيان هذا الاصل في مسايل اذا تبايعا
حنطة بحنطة مجازفة فان لم يعلما كيلهما او علم احدهما دون الاخر
او علما كيل احدهما دون الاخر لا يجوز لما قلنا وان علما استواهما في
الكيل فان علم في المجلس جاز البيع لان المجلس وان طال فله حكم حالة
العقد فكانه عند العقد وان علم بعد الافتراق لم يجز وقال زفر يجوز

علم قبل الافتراق او بعده وجه قوله ان الحاجة الى الكيل عند العقد لتحقيق
المساواة المشروطة وقد تبين انها كانت ثابتة عنده ولنا ان علم المتعاقد
بالمساواة عند العقد شرط الصحة ولم يوجد والدليل على ان العلم عند العقد
شرط الصحة ان الشرع الزم رعاية المماثلة عند البيع بقوله الحنطة بالحنطة مثلا
بمثل اي بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل امر المتبايعين بالبيع بصفة
المماثلة فلا بد وان تكون المماثلة معلومة لهما عند البيع ليمكنهما رعاية
هذا الشرط وكذا لو كان بين رجلين حنطة فاقتسماها مجازفة لا يجوز
لان القسمة فيها معنى المبادلة فتشبه البيع ولا يجوز البيع فيها مجازفة فكذا
القسمة ولو تبايعا حنطة بحنطة وزنا بوزن متساويا في الوزن لم يجز
لان الحنطة مكيلة والتساوي في الكيل شرط جواز البيع في المكيلات
ولا يعلم المساواة بينهما في الكيل فكان بيع الحنطة بالحنطة مجازفة وروي
عن ابي يوسف انه اذا غلب استعمال الوزن فيها تصير وزنية ويصير
التساوي فيها بالوزن وان كانت في الاصل كيلية وعلى هذا يخرج المزابنة
والمحاقلة انهما لا تجوزان لان المزابنة بيع التمر على رووس النخل بمثل كيله
من التمر خرصا لا يدري ايهما اكثر والزبيب بالعنب لا يدري ايهما اكثر
والمحاقلة بيع الحب في السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدري ايهما اكثر
فكان هذا بيع مال الربا مجازفة لانه لا يعرف المساواة بينهما في الكيل وقد
روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
عن المزابنة والمحاقلة وفسر محمد رحمه الله المزابنة والمحاقلة في الموطا
بما قلنا وهو كان اماما في اللغة كما كان اماما في الشريعة وقال الشافعي كذلك
الجواب اذا كان اكثر من خمسة اوسق فاما ما دون خمسة اوسق فلا باس به
لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا
بالتمر فيما دون خمسة اوسق فقد رخص النبي صلى الله عليه وسلم من جملة ما حرم
من المزابنة ما دون خمسة اوسق والمرخص من جملة ما حرم يكون مباحا
وتفسير العرية عندنا ما ذكره مالك بن انس رحمه الله في الموطا وهو ان يكون
لرجل نخيل فيعطي لرجل منها ثمرة نخلة او نخلتين يلقطهما لعياله ثم يثقل
عليه دخوله حايطه فيسال له ان يتجاوز له عنه على ان يعطيه بمكيلها تمرا
عند صرام النخل وذلك مما لا باس به عندنا لانه لا بيع هناك بل التمر كله لصاحب
النخل فان شا سلم له ثمر النخل وان شا اعطاه بمكيلها من التمر الا انه سماه الراوي

بيعا لتصوره بصورة البيع لا ان يكون بيعا حقيقة بل هو عطية الا ترى انه لم
يملكه المعرى له لانعدام القبض فكيف يجعل بيعا ولانه لو جعل بيعا لكان بيع التمر
بالتمر الى اجل وانه لا يجوز بلا خلاف دل ان العرية المرخص فيها ليست
ببيع حقيقة بل هي عطية ولان العرية هي العطية لغة قال حسان بن ثابت
الانصاري رضي الله عنه وليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح
ولو اشترى بكر من تمر نخلا عليها تمر وسمى التمر او ذكر كل قليل وكثير
هو منه حتى دخل في البيع يراعى في جوازه طريق الاعتبار وهو ان يكون كيل
التمر اكثر من كيل التمر ليكون التمر بمثله والزيادة بازاء النخل فان كان اقل
لا يجوز لان التمر يكون بمثل كيله وزيادة التمر مع النخل تكون زيادة لا
يقابلها عوض فيكون ربا وكذا اذا كان مثله لان النخل يكون فضلا لا يقابله
عوض في عقد المعاوضة وكذا اذا كان لا يدرى عندنا خلافا لزفر وسنذكر
المسئلة ان شاء الله تعالى ثم انما يجوز على طريق الاعتبار اذا كان التمر نقدا فان
كان نسيئة لم يجز لتحقق ربا النساء هذا اذا كان تمر النخل بسرا او رطبا او
تمرا ثابتا عند العقد فان كان كفرى جاز البيع كيف ما كان من غير
شرط الاعتبار لانه بيع الكفرى بالتمر وانه جائز كيف ما كان ولو لم يكن التمر
موجودا عند العقد ثم اثمر النخل قبل القبض كرا او اكثر من الكر لا يفسد
البيع بخلاف ما اذا كان التمر موجودا عند العقد فباعه مع النخل بالتمر
وكيل التمر مثل كيل تمر النخل او اقل حيث يفسد البيع لان العاقدين ادخلا الربا
في العقد لانهما قابلا الثمن بكل المبيع فانقسم الثمن عليهما وبعض المبيع مال
الربا فدخل الربا في العقد باشتراطهما واشتراط الربا في العقد مفسد له
وههنا البيع كان صحيحا في الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع اذ المبيع هو
النخل وحده الا اذا زاد فقد صار مبيعا في حال البقاء بصنعهما فبقي البيع
صحيحا والزيادة ملك المشترى ويقسم الثمن على قيمة النخل وقيمة الزيادة
لكن تعتبر قيمة النخل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت القبض فيطيب
له من التمر قدر حصته من الثمن لانه حصل له ذلك القدر ببدل ولا يطيب
له الفضل ويتصدق به لانه ربح ما لم يضمن ولو قضى الثمن من التمر الحادث
ينظر ان قضاه منه قبل القبض فقضاؤه باطل لان القضاء منه تصرف في
المبيع قبل القبض وانه لا يجوز وجعل كانه لم يقبض حتى لو هلك التمر في يد
البايع بآفة سماوية لا يسقط شيء من الثمن وان اكله البايع يسقط حصته من

الثمن

140

الثمن وان كان المشترى قبض التمر ثم قضى منه جاز القضاء لانه تصرف في المبيع
بعد القبض وانه جائز وعليه ان يتصدق بما زاد على حصته من الثمن والله اعلم
وعلى هذا بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة فيهما مجازفة ولو تبايعا حنطة

والقسمة صح

بشعير او ذهبا بفضة مجازفة جاز لان المماثلة في بيع الجنس بخلاف الجنس
غير مشروطة ولهذا جازت المفاضلة فيه فالمجازفة اولى وكذلك القسمة وعلى
هذا يخرج بيع الموزون بجنسه وغير جنسه كما اذا اشترى فضة مع غيرها
بفضة مفردة او منطقة مفضضة او لجاما او سرجا او سكينا مفضضا او

بان اشترى سيفا محلى بفضة بفضة مفردة صح

جارية في عنقها طوق من فضة او اشترى ذهبا وغيره بذهب مفرد كما اذا
اشترى ثوبا منسوجا بالذهب بذهب مفرد او جارية مع حليها وحليها
ذهب بذهب مفرد ونحو ذلك انه لا يجوز مجازفة عندنا بل يراعى فيه
طريق الاعتبار وهو ان يكون وزن الفضة المفردة او الذهب المفرد اكثر من
المجموع مع غيره ليكون قدر وزن المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف
جنسه فلا يتحقق الربا فان كان وزن المفرد اقل من وزن المجموع لم يجز لان
زيادة وزن المجموع مع خلاف الجنس لا يقابله عوض في عقد البيع فيكون ربا
وكذلك اذا كان مثله في الوزن لانه يكون الفضة بمثلها والذهب بمثله فالفضل
يكون ربا وان كان من خلاف جنسه وكذلك اذا كان لا يعلم وزنه انه
اكثر او مثله او اقل او اختلف اهل النظر فيه فقال بعضهم الثمن اكثر وقال
بعضهم هو مثله لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز وجه قوله ان الاصل في
البيع جوازه والفساد بعارض الربا وفي وجوده شك فلا يثبت الفساد
بالشك ولنا ان جهة الفساد في هذا العقد اكثر من جهة الجواز لانه وزن

لنا

المفرد لو كان اقل يفسد وكذلك لو كان مثله ولو كان اكثر يجوز فجاز
من وجه وفسد من وجهين فكانت الغلبة لجهة الفساد والحكم
للغالب ثم اذا كان وزن المفرد اكثر حتى جاز البيع فيجتمع في هذا العقد
صرف وهو بيع الفضة بالفضة او الذهب بالذهب وبيع مطلق وهو
بيع الذهب او الفضة بخلاف جنسها فيراعى في الصرف شرايطه وسنذكر
شرايط الصرف في موضعها ان شاء الله تعالى واذا فات شيء من الشرايط حتى
فسد الصرف هل يتعدى الفساد الى البيع المطلق ففيه تفصيل نذكره في
موضعه ان شاء الله تعالى هذا اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة
او ذهبا مع غيره بذهب مفرد فاما اذا اشترى ذهبا مع غيره بفضة مفردة

اوفضة مع غيرها بذهب مفرد فالبيع جايز لانه لا ربا عند اختلاف الجنس غير
انه يقسم المفرد علي قيمة المجموع وقيمة ذلك الغير فما كان يقابله الذهب او
الفضة يكون صرفا فيراعي فيه شرايط الصرف وما كان بمقابلة غيره يكون
بيعا مطلقا علي ما نذكره في بيان شرايط الصرف ان شا الله تعالي وعلي هذا
الاصل يخرج بيع تراب معدن الفضة فلا يخلوا اما ان باعه بفضة واما ان باعه

والذهب اما تراب معدن الفضة صح

بغيرها فان باعه بفضة لم يجز لان البيع يقع علي ما في التراب من الفضة لا علي
التراب لانه لا قيمة له والمماثلة بين الفضتين ليست بمعلومة فكان هذا
بيع الفضة بالفضة مجازفة فلا يجوز وان باعه بذهب جاز لان الربا لا يتحقق
عند اختلاف الجنس ويراعي فيه شرايط الصرف ثم ينظر ان لم يخلص منه
شي يتبين ان البيع فاسد لانه يتبين انه باع ما ليس بمال فصار كما لو
اشتري شخصا علي انه عبد ثم تبين انه حر او اشتري شاة مسلوخة
علي انها مذبوحة ثم تبين انها ميتة وان خلص منه شي فالامر ماض
والمشتري بالخيار لانه اشتري شيا لم يره فاشبه ما لو اشتري ثوبا في
سفط او سمكة في جب ولو باعه بعرض جاز ايضا لما قلنا ثم ينظر ان خلص

سفط بالتركي سبد

منه شي اولم يخلص علي ما ذكرنا ولو باعه بتراب معدن مثله من الفضة لم يجز
لان البيع يقع علي ما فيهما من الفضة ولا يعلم تساويهما في الوزن فكان بيع الفضة
بالفضة مجازفة ولو باعه بتراب معدن الذهب جاز لاختلاف الجنس ويراعي
فيه شرايط الصرف ثم ان لم يخلص منه شي تبين ان البيع كان فاسدا
لانه تبين انه باع ما ليس بمال وكذا ان خلص من احدهما ولم يخلص من الاخر
لانه تبين انه باع المال بما ليس بمال وان خلص من كل واحد منهما فالامر
ماض ولهما خيار الروية لان كل واحد منهما مشتر ما لم يره وكذلك لو كان
تراب معدن الفضة بين رجلين فاقتسماه لم يجز لان القسمة فيها معني البيع
فلا يحتمل المجازفة كالبيع ولو باع منه قفيزا بغير عينه بذهب او بعرض
لم يجز لان المبيع ما في التراب من الفضة وانه مجهول القدر لانه يتفاوت منه
قفيز يخلص منه خمسة ومنه قفيز يخلص منه عشرة فكان المبيع مجهولا
وانه جهالة مفضية الي المنازعة بخلاف بيع القفيز من صبرة لان قفزان الصبرة
الواحدة متماثلة فلم يكن المبيع مجهولا جهالة مفضية الي المنازعة ولو باع نصف
جملة التراب او ثلثها او ربعها شايعا بذهب او عرض جاز لان الجنس مختلف
فلا يتحقق الربا الا اذا لم يخلص منه شي فيتبين ان البيع كان فاسدا لما قلنا وان

خلص

خلص منه شي فيكون ما خلص مشتركا بينهما وله الخيار اذا راه ولو استقرض
تراب المعدن جاز وعلي المستقرض مثل ما خلص منه وقبض لان القرض وقع
علي ما يخلص منه والقول قول القابض في قدر ما قبض وخلص ولو استاجر
اجيرا بتراب المعدن بعينه جازت الاجارة ان خلص منه شي لانه استاجره
بمال والاجير بالخيار لانه اجير نفسه بما لم يره فان شا رضي به ولا شي له غيره
وان شا رده ورجع علي المستاجر باجر مثله بالغا ما بلغ ولو استاجره بقفيز
من تراب بغير عينه لا يجوز الاجارة لان الاجرة ما في التراب من الفضة
وانه مجهول القدر ولهذا لم يجز ولهذا لم يجز بيعه ولو استاجره بنصف
هذا التراب او بثلثه او بربعه يجوز ان خلص منه شي كما يجوز بيعه ويكون
بينهما وله الخيار وان لم يخلص لا يجوز وله اجر مثله وعلي هذا حكم تراب
معدن الذهب في جميع ما ذكرنا والله اعلم واما تراب الصاغة فان كان فيه
فضة خالصة فحكمه حكم تراب معدن الذهب الفضة وان كان فيه
ذهب خالص فحكمه حكم تراب معدن الذهب وان كان فيه ذهب وفضة
فان اشتراه بذهب او فضة لم يجز لاحتمال ان يكون ما فيه من الذهب
او الفضة اكثر او اقل او مثله فيتحقق الربا ولو اشتراه بذهب وفضة جاز
لانه اشترى ذهبا وفضة بذهب وفضة فيجوز ويصرف الجنس الي خلاف
الجنس ويراعي فيه شرايط الصرف ولو اشتراه بعرض جاز لانعدام احتمال ل
الربا وهذا كله اذا خلص منه شي فان لم يخلص تبين ان البيع كان فاسدا
والله اعلم وعلي هذا الاصل يخرج بيع الدراهم المغشوشة التي الغش فيها هو

بيع الدراهم المغشوشة

الغالب بفضة خالصة انه لا يجوز الا علي طريق الاعتبار وجملة الكلام
فيه ان الدراهم المضروبة اقسام ثلاثة اما ان يكون الفضة فيها هي الغالبة
واما ان يكون الغش فيها هو الغالب واما ان يكون الفضة والغش فيها علي
السوا فان كانت الفضة فيها هي الغالبة بان كان ثلثاها فضة وثلثها
صفرا او كانت ثلاثة ارباعها فضة وربعها صفرا ونحو ذلك فحكمها
حكم الفضة الخالصة لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة الا سوا بسواء
وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز الا مثلا بمثل لان اعتبار الغالب والحاق
المغلوب بالعدم هو الاصل في احكام الشرع ولان الدراهم الجياد لا تخلو
عن قليل غش لان الفضة لا تنطبع بدونه علي ما قيل وكان قليل الغش مما لا يمكن
التحرز عنه وكانت العبرة للغلبة وان كان الغش فيها هو الغالب فان كانت

الفضة لا تخلص بالذوب والسبك بل تحترق ويبقى النحاس فحكمها حكم النحاس
الخالص لان الفضة فيها اذا كانت مستهلكة وكانت ملحقة بالعدم فيعتبر
كلها نحاسا لا يباع بالنحاس الا سوا بسوا يدا بيد وان كانت تخلص من النحاس
ولا تحترق ويبقى النحاس على حاله ايضا فانه يعتبر كل واحد منهما ثبوا للاخر على حياله ولا يجعل احدهما صح
بل يجعل كانهما منفصلان متمايزان احدهما عن صاحبه لانه اذا امكن تخليص
احدهما من صاحبه على وجه يبقى كل واحد منهما بعد الذوب والسبك
لم يكن احدهما مستهلكا فلا يجوز بيعها بفضة خالصة الا على طريق
الاعتبار وهو ان تكون الفضة الخالصة اكثر من الفضة المخلوطة فيصرف
الى الفضة المخلوطة مثلها من الفضة الخالصة والزيادة الى الغش كما اذا باع
فضة وصفرا مميزا بفضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة اقل
من المخلوطة لم يجز لان زيادة الفضة من المخلوطة مع الصفر تكون فضلا
خاليا عن العوض في عقد المعاوضة فيكون ربا وكذا ان كانت مثلها لان
الصفر يكون فضلا لا يقابله عوض وكذا اذا كان لا يدرى قدر الفضتين
ايهما اكثر او هما سوا لا يجوز وعند زفر يجوز وقد ذكرنا الحجج فيما قبل عندنا صح
وذكر في الجامع اذا كانت الدراهم ثلثاها صفرا وثلثها فضة ولا يقدر
ان يخلص الفضة من الصفر ولا يدرى اذا خلصت الفضة ايبقى الصفر
ام يحترق انه يراعى في بيع هذه الدراهم بفضة خالصة طريق الاعتبار
ثم اذا كانت الفضة الخالصة اكثر حتى جاز البيع يكون هذا صرفا وبيعا مطلقا
فيراعى في الصرف شرايطه واذا فسد بفوات شرط منه يفسد البيع
في الصفر لانه لا يمكن تمييزه الا بضرر وبيع ما لا يمكن تمييزه عن غيره الا
بضرر فاسد على ما ذكرنا ولو بيعت هذه الدراهم بذهب جاز لان المانع
هو الربا واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا لكن يراعى فيه شرايط الصرف
لانه صرف واذا فات شرط منه حتى فسد يفسد البيع في الصفر ايضا لما
قلنا ولو بيعت بجنسها من الدراهم المغشوشة جاز متساويا ومتفاضلا
نص عليه محمد رحمه الله في الجامع ويصرف الجنس الى خلاف الجنس كما لو
باع فضة منفصلة وصفرا منفصلا بفضة وصفر منفصلين وفي فتاوى
السنوقة اذا بيع بعضها ببعض متفاضلا انه يجوز ويصرف الجنس الى
خلاف الجنس ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا في ذلك الا بالتحريم احترازا
عن فتح باب الربا وفي فتاوى في الدراهم الغطريفية يجوز بيع واحد او اثنين او

ثلاثة

142

ثلاثة او اربعة او خمسة منها بدرهم فضة لان ما فيها من الفضة يكون
بمثله وزنها من الفضة الخالصة وزيادة الفضة الخالصة تكون بمقابلة
الصفر ولا يجوز بيع ستة منها بدرهم فضة لان الصفر الذي فيها يبقى فضلا
خاليا عن العوض في عقد المعاوضة فيكون ربا وكان الشيخ الامام ابو بكر محمد
بن الفضل رحمه الله لا يفتي بجواز هذا وان كانت الفضة والغش فيها سوا
فلم يقطع محمد رحمه الله الجواب فيه في الجامع لكنه بناه على قول الصيارفة
وحكى عنهم انهم قالوا ان الفضة والصفر اذا اختلطا لا يتميز الفضة من الصفر
حتى يحترق الصفر لانهما لا يتميزان الا بذهاب احدهما والصفر اسرعهما
ذهابا فقال في هذه الدراهم ان كانت الفضة هي الغالبة اي على ما يقوله
الصيارفة ان الصفر يتسارع اليه الاحتراق عند الاذابة والسبك فلا يجوز
بيعها بالفضة الخالصة ولا بيع بعضها ببعض الا سوا بسوا كبيع الزيوف
بالجياد لان الصفر اذا كان يتسارع اليه الاحراق كان مغلوبا مستهلكا فكان
ملحقا بالعدم وان لم يغلب احدهما على الاخر وبقيا على السوا يعتبر كل
واحد منهما على حياله كانهما منفصلين ويراعى في بيعها بالفضة الخالصة
طريق الاعتبار كما في النوع الاول ويجوز بيع بعضها ببعض متساويا ومتفاضلا
ويصرف الجنس الى خلاف الجنس كما في النوع الاول والله اعلم وهل يجوز
استقراض الدراهم المغشوشة عددا اما النوع الاول وهو ما كانت فضته استقراض الدراهم المغشوشة صح
غالبة على غشه فلا يجوز استقراضه الا وزنا لان الغش اذا كان مغلوبا فيه كان
بمنزلة الدراهم الزايفة ولا يجوز بيع الدراهم الزايفة بعضها ببعض عددا لانها
وزنية فلم يعتبر العدد فيها فكان بيع بعضها بالبعض مجازفة فلم يجز
فلا يجوز استقراضها ايضا لانها مبادلة حقيقة او فيها شبهة المبادلة
فيجب صيانتها عن الربا وعن شبهة الربا ولهذا لم يجز استقراض المكيل وزنا
لما ان الوزن في الكيلي غير معتبر فكان اقراضه مبادلة الشي بمثله مجازفة
او شبه المبادلة فلم يجز كذا هذا وكذلك النوع الثالث وهو ما كان نصفه
فضة ونصفه صفر الا ان الغلبة ان كانت للفضة على اعتبار بقايها وذهاب
الصفر في المال على ما يقوله اهل الصنعة كان ملحقا بالدراهم الزيوف فلا يجوز
استقراضه عددا وان كان لا يغلب احدهما على الاخر ويبقيان بعد السبك
على حالهما كان كل واحد منهما اصلا بنفسه فيعتبر كل واحد منهما على حياله
فكان استقراض الفضة والصفر جملة عددا وهذا لا يجوز لان اعتبار الصفر

ان كان يوجب الجواز لان الفلس عددي فاعتبار الفضة يمنع الجواز لان الفضة
وزنية والحكم بالفساد عند تعارض جهتي الجواز والفساد احوط واما
النوع الثاني وهو ما الغش فيه غالب والفضة مغلوبة فانه ينظر ان كان
الناس تتعاملون يتعاملون به وزنا لا عددا لا يجوز استقراضه عددا لان
العدد في الموزون باطل فكان استقراضه مبادلة الموزون بجنسه مجازفة
او شبهة المبادلة وانه لا يجوز وان كانوا يتعاملون به عددا فقد الحقوه
بالفلوس وجعلوا الفضة التي فيه تبعا للصفر وانه يمكن لانها قليلة وقد يكون
في الفلوس في الجملة قليل فضة فتثبت التبعية بدلالة التعامل ومثل هذه
الدلالة لم يوجد فيما اذا تعاملوا بها وزنا لا عددا فبقيت وزنية فلا يجوز
استقراضه عددا وان تعاملوا الناس بها عددا لان هناك لا يمكن جعل الفضة
تبعا للغش لانها اكثر منه او مثله والكثير لا يكون تبعا له ايضا فبقيت على
الصفة الاصلية الثابتة لها شرعا وهي كونها وزنية فلا يجوز استقراضها
مجازفة كما لا يجوز بيع بعضها ببعض مجازفة وكذلك الشرا بالدراهم المغشوشة
من الانواع الثلاثة عددا حكمه حكم الاستقراض سوا فلا يجوز الشرا بالنوع
الاول الا وزنا لانها في حكم الجياد وانها وزنية فلم يجز الشرا بها الا وزنا
اذا لم يكن مشارا اليها وكذا بالنوع الثالث لما ذكرنا في الاستقراض واما
النوع الثاني فالامر فيه على التفصيل الذي ذكرناه في الاستقراض ان الناس
ان كانوا يتبايعون بها وزنا لا عددا لا يجوز لاجل ان يبتاع بها عددا لان
الوزن صفة اصلية للدراهم وانما تصير عددية بتعامل الناس فاذا جرى
التعامل بها وزنا لا عددا فقد تقررت الصفة الاصلية وبقيت وزنية
فاذا اشترى بها عددا على غير وزن والعدد هدر ولم توجد الاشارة
فقد بقي الثمن مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لانه لا يدرى ما وزن هذا
القدر من العدد المسمى فيوجب فساد العقد بخلاف ما اذا اشترى بها عددا
على غير وزن ولكن اشار اليها فيما يكتفى فيه بالاشارة حيث يجوز لان مقدار
وزنها وان كان مجهولا بعد الاشارة اليها لكن هذه جهالة لا تفضي الى المنازعة
لانه يمكن معرفة مقدار المشار اليه بالوزن اذا كان قايما فلا يمنع جواز العقد
وان كانوا يتبايعون بها عددا جاز لانها صارت عددية بتعامل الناس
وصارت كالفلوس الرايجة هذا اذا اشترى بالانواع الثلاثة عددا على
غير وزن ولم يعينها فاما اذا عينها واشترى بها عرضا بان قال اشتريت

م كان صح

م يجز استقراضه عددا لانهم اذا تعاملوا به عددا صح

م تبعا للقليل ومثل الشي لا يكون صح

الشرا بالدراهم المغشوشة

هذا

هذا العرض بهذه الدراهم واشار اليها فلا شك في جواز الشرا بها ولا تتعين
بالاشارة اليها ولا يتعلق العقد بعينها حتى لو هلكت قبل ان ينقدها المشتري
لا يبطل البيع ويعطي مكانها مثلها من جنسها ونوعها وقدرها وصفتها اما
النوع الاول فلانها بمنزلة الدراهم الجياد وانها لا تتعين بالاشارة اليها ولا
يبطل البيع بهلاكها فكذا هذه واما النوع الثالث فلان الفضة فيها ان
كانت هي الغالبة على ما يقوله السباكون فهي في حكم النوع الاول وان لم يغلب
احدهما على الاخر يعتبر كل واحد منهما بحياله فلا يبطل البيع ايضا لان
اعتبار الفضة لا يوجب البطلان لانها لا تتعين واعتبار الصفر يوجب لانه
يتعين فلا يبطل بالشك واما النوع الثاني فلان الناس ان كانوا يتعاملون
بها وزنا فهي وساير الدراهم سوا فلا تتعين بالاشارة ولا يتعلق العقد بعينها
بل بمثلها عددا ولا يبطل بهلاكها كذا هذه ولو كسد هذا النوع من الدراهم
وصارت لا تروج بين الناس فهي بمنزلة الفلوس الكاسدة والستوق والرصاص
حتى تتعين بالاشارة اليها ويتعلق العقد بعينها حتى يبطل العقد بهلاكها
قبل القبض لانها صارت سلعة لكن قالوا هذا اذا كان العاقدان عالمين
بحال هذه ويعلم كل واحد منهما ان الاخر يعلم بذلك فاما اذا كانا لا يعلمان
او يعلم احدهما ولا يعلم الاخر او يعلمان لكن لا يعلم كل واحد منهما ان
صاحبه يعلم فان العقد لا يتعلق بالمشار اليه ولا بجنسها وانما يتعلق
بالدراهم الرايجة التي عليها تعامل الناس في تلك البلدة وهذا اذا صارت
بحيث لا تروج اصلا فاما اذا كان يقبلها البعض دون البعض فحكمها حكم
الدراهم الزايفة فيجوز الشرا بها ولا يتعلق العقد بعينها بل يتعلق بجنس
تلك الدراهم الزيوف ان كان البايع يعلم بحالها خاصة لانه رضي بجنس
الزيوف وان كان البايع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار اليه وانما يتعلق
بالجيد من نقد تلك البلدة لانه لم يرض الا به اذا كان لا يعلم بحالها والله اعلم
ثم انما لا يبطل البيع بهلاك الدراهم في الانواع الثلاثة بعد الاشارة اليها اذا كان
علم عددها او وزنها قبل الهلاك لانه اذا كان علم ذلك يمكن اعطا مثلها بعد
هلاكها فاما اذا لم يعلم لا عددها ولا وزنها حتى هلكت يبطل البيع لان
الثمن صار مجهولا اذ المشتري لا يمكنه اعطا مثل الدراهم المشار اليها والله اعلم
ومنها الخلو عن شبهة الربا لان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات
احتياطا واصله ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لوابصة بن

م ويتعلق العقد بمثلها في الذمة لا بعينها فلو بطل البيع بهلاكها وان كانوا يتعاملون بها عددا فهي بمنزلة الفلوس الرايجة وانها اذا قوبلت بخلاف جنسها في المعاوضات لا تتعين صح

م كان صح

اي من شرايط البيع

مسعود رضي الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما امور مشتبهات فدع ما
يريبك الى ما لا يريبك وعلى هذا يخرج ما اذا باع رجل شيا نقدا او نسيئة
وقبضه المشتري ولم ينقد ثمنه انه لا يجوز للبائع ان يشتريه من مشتريه
باقل من الذي باعه منه عندنا وقال الشافعي يجوز وجه قوله ان هذا بيع م ثمنه صح
استجمع شرائط جوازه وخلا عن الشروط المفسدة اياه فلا معنى للحكم
بفساده كما اذا اشتراه بعد نقد الثمن ولنا ما روي ان امراة جاءت الى
عائشة رضي الله عنها وقالت اني ابتعت خادما من زيد بن ارقم بثمانمائة درهم
ثم بعتها منه بستمائة فقالت عائشة رضي الله عنها بئس ما شريت وبئس ما
اشتريت ابلغي زيدا ان الله تعالى قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان لم يتب ووجه الاستدلال به من وجهين احدهما انها الحقت
بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالراي وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة
فالظاهر انها قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يلحق الوعيد
الا بمباشرة المعصية فدل على فساد البيع لان البيع الفاسد معصية
والثاني انها سمت ذلك سوء وشراء سوء والفاسد هو الذي يوصف م بيع م
بذلك لا الصحيح ولان في هذا البيع شبهة الربا لان الثمن الثاني يصير
قصاصا بالثمن الاول فبقي من الثمن الاول زيادة لا يقابلها عوض في عقد
المعاوضة وهو تفسير الربا الا ان الزيادة ثبتت بمجموع العقدين وكان
الثابت باحدهما شبهة الربا والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة
بخلاف ما اذا نقد الثمن لان المقاصة لا تتحقق بعد نقد الثمن فلا تتمكن
الشبهة بالعقد ولو نقد الثمن كله الا شيا قليلا فهو على هذا الخلاف
ولو اشترى ما باع بمثل ما باع قبل نقد الثمن جاز بالاجماع لانعدام الشبهة اشترى ما باع باكثر مما باع
وكذا لو اشتراه باكثر مما باع قبل نقد الثمن لان فساد العقد معدول به عن
القياس وانما عرفناه بالاثر والاثر جاء في الشراء باقل من الثمن الاول فبقي ما
وراءه على اصل القياس هذا اذا اشترى بجنس الثمن الاول فان اشتراه بخلاف
الجنس جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس الا في الدراهم والدنانير
خاصة استحسانا والقياس ان لا يجوز لانهما جنسان مختلفان حقيقة فالتحقا بسائر
الاجناس المختلفة وجه الاستحسان انهما في الثمنية كجنس واحد فيتحقق
الربا بمجموع العقدين فكان في الثاني شبهة الربا وهي الربا من وجه
ولو تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من بايعه باقل مما باعه جاز لان

نقصان

نقصان الثمن يكون بمقابلة نقصان العيب فيلتحق النقصان بالعدم كانه باع
بمثل ما اشتراه فلا تتحقق شبهة الربا ولو خرج المبيع من ملك المشتري
فاشتراه البائع من المالك الثاني باقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز لان
اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين فيمنع تحقق الربا ولو مات المشتري
فاشتراه البائع من وارثه باقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز لان الملك هنا
لم يختلف وانما قام الوارث مقام المشتري بدليل انه يرد بالعيب ويرد
عليه وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث او كان دارا فبنى عليها
ثم ورد الاستحقاق فاخذ منه قيمة الولد ونقض عليه البناء كان للوارث
ان يرجع على بائع المورث بقيمة الولد وقيمة البناء كما كان يرجع المشتري
لو كان حيا لان الوارث قائم مقام المشتري فكان الشراء منه بمنزلة الشراء من
المشتري فرق بين هذا وبين ما اذا مات البائع فاشترى وارثه
من المشتري باقل مما باع قبل نقد الثمن انه يجوز اذا كان الوارث ممن
تجوز شهادته للبائع في حال حياته ووجه الفرق ان الوارث يقوم مقام
المورث فيما يرثه ووارث المشتري ورث عين المبيع فقام مقامه في
عينه فكان الشراء منه كالشراء من المشتري فلم يجز ووارث البائع ورث الثمن
والثمن في ذمة المشتري وما عين في ذمة المشتري لا يحتمل الارث فلم
قائما م يكن ذلك عين ما ورثه عن البائع فلم يكن وارث البائع مقامه فيما ورثه
وروي عن ابي يوسف انه لا يجوز شراء وارث البائع كما لا يجوز الشراء من
وارث المشتري لان الوارث خلف المورث والمتروك قائم مقامه كانه هو
ولو باعه المشتري من غيره فعاد المبيع الى ملكه فاشتراه باقل مما باع
فهذا لا يخلو اما ان عاد اليه بملك جديد واما ان عاد اليه على حكم الملك
الاول فان عاد بملك جديد كالشراء والهبة والميراث والاقالة قبل القبض
وبعده والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي ونحو ذلك من اسباب
تجديد الملك جاز الشراء منه باقل مما باع لان اختلاف الملك بمنزلة
اختلاف العين وان عاد اليه على حكم الملك الاول كالرد بخيار الرؤية والرد
بخيار الشرط قبل القبض وبعده بقضاء القاضي وبغير قضاء القاضي والرد
وبعد القبض بقضاء القاضي م بخيار العيب قبل القبض بقضاء القاضي وبغير قضاء القاضي لا يجوز الشراء
منه باقل مما باع لان الرد في هذه المواضع يكون فسخا والفسخ يكون رفعا
من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يخرج عن ملكه اصلا ولو كان كذلك

لكان لا يجوز الشرا فكذا هذا ولو لم يشتره البايع لكن اشتراه بعض من لا يجوز شهادة
البايع له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة لا يجوز عند ابي حنيفة كما لا
يجوز من البايع وعند ابي يوسف ومحمد يجوز كما يجوز من الاجنبي وجه قولهما
ان كل واحد منهما اجنبي عن ملك صاحبه لانفصال ملكه عن ملك صاحبه فيقع
عقد كل واحد منهما له لا لصاحبه كسائر الاجانب ثم شرا الاجنبي لنفسه
جايز فكذا شراوه ولابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما ينتفع بمال صاحبه
عادة حتى لا تقبل شهادة احدهما لصاحبه فكان معنى ملك كل واحد منهما
ثابتا لصاحبه فكان عقده واقعا لصاحبه من وجه فيوثر في فساد العقد
احتياطا في باب الربا ولو باع المولى ثم اشتراه مدبره او مكاتبه او بعض ما يملكه
ولا دين عليه او عليه دين باقل مما باع المولى لا يجوز كما لا يجوز شرا المولى
وكذا لو باع المدبر او المكاتب او بعض ما يملكه ثم اشتراه المولى لا يجوز لان عقد
هو لا يقع للمولى من وجه ولو كان وكيلا فباع واشترى لنفسه لا يجوز

م باقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز كما لو باع واشترى الموكل م

لان المانع تمكن شبهة الربا لانه لا يفصل بين الوكيل والموكل ولذا عايشة
رضي الله عنها لم تستفسر السايلة انها مالكة او وكيلة ولو كان الحكم يختلف
لاستفسرت وكذا لو باع الوكيل ثم اشتراه الموكل لم يجز لانه لو اشتراه وكيله
لم يجز فاذا اشتراه بنفسه اولى ان لا يجوز وكذا لو باعه الوكيل ثم اشتراه
بعض من لا يجوز شهادة الوكيل له او بعض من لا تجوز شهادة الموكل له لم يجز

م من صح

عند ابي حنيفة وعندهما يجوز على ما مر ولو باع بنفسه ثم وكل انسانا
بان يشتري له ذلك الشي باقل مما باع قبل نقد الثمن فاشتراه الوكيل
فهو جايز للموكل والثمنان يلتقيان قصاصا والزيادة من الثمن الاول لا تطيب
للبايع وتكون ملكا له وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف التوكيل
فاسد ويكون مشتريا لنفسه وقال محمد التوكيل صحيح الا انه اذا اشتراه

م الوكيل صح

الوكيل يكون مشتريا شرا فاسدا ويملكه البايع ملكا فاسدا وهذا بنا على اصل

م مشتريا للبايع صح

لهم فاصل ابي حنيفة انه ينظر الى العاقد ويعتبر اهليته ولا يعتبر اهلية
من يقع له حكم العقد ولهذا قال ان المسلم اذا وكل ذميا بشرا الخمر او
ببيعها انه يجوز وكذا المحرم اذا وكل حلالا ببيع صيد له او بشرا صيد
جاز التوكيل عنده ويعتبر اهلية الوكيل واصل ابي يوسف ومحمد انهما
يعتبران اهلية العقد للعاقد والمعقود له جميعا حتى لم يجز التوكيل عندهما
في المسلتين جميعا الا ان محمدا رحمه الله خالف ابا يوسف في هذه المسلة وترك

اصله

اصله حيث قال بصحة التوكيل ولم ينظر الى الموكل وعلى هذا الخلاف اذا
وكل المسلم ذميا بان يشتري من ذمي عبدا بخمر وعين ذلك العبد ففعل
الوكيل صح الشرا عند ابي حنيفة ويكون العبد للموكل وعلى هذا الوكيل
للبايع الخمر وهو يرجع بقيمة الخمر على موكله وعند ابي يوسف التوكيل فاسد
ويكون الوكيل مشتريا لنفسه وعند محمد التوكيل صحيح ويكون مشتريا للموكل
شرا فاسدا ولو باع بالف درهم حالة ثم اشتراه بالف موجلة فالشرا فاسد
لانه اشترى ما باع باقل مما باع من حيث المعنى لان الحالة خير من الموجلة
وكذا لو باع بالف موجلة ثم اشتراه بالف الى اجل ابعد من ذلك الاجل فهو فاسد
لما قلنا ولو باع عبدا بالف وقبضه المشتري ثم اشتراه البايع وعبدا اخر
قبل نقد الثمن فان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتيهما ثم ينظر فان كان
حصة العبد الذي باعه مثل ثمنه او اكثر جاز الشرا فيهما جميعا اما في الذي
لم يبعه فظاهر وكذا في الذي باعه لانه اشترى ما باع بمثل ما باع او باكثر
مما باع قبل نقد الثمن وانه جايز وان كانت اقل من ثمنه يفسد البيع فيه

٢٤ع

ولا يفسد في الاخر لان الفساد لكونه شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
وذلك وجد في احدهما دون الاخر وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصل
ابي حنيفة وكان ينبغي ان يفسد فيهما لان من اصله ان الصفقة متى اشتملت
على ابدال وفسدت في بعضها ان يتعدى الفساد الى الكل كما اذا جمع
بين حر وعبد وباعهما جميعا صفقة واحدة وانما لم يفسد فيهما لان الفساد
هناك باعتبار انه لما جمع بين الحر والعبد وباعهما صفقة واحدة فقد
حصل قبول العقد في احدهما شرطا لقبول العقد في الاخر والحر ليس
بمحل لقبول العقد فيه بيقين فلا يصح القبول فيه فلا يصح في الاخر
فلم ينعقد العقد اصلا والفساد هنا باعتبار انه لما جمع شرا ما باع باقل
مما باع وذلك وجد في احدهما دون الاخر لان الاصل اقتصار الفساد على

م فيفسد في احدهما دون الاخر صح

قدر المفسد ولهذا لو جمع بين عبدين وباع احدهما الى الحصاد والدياس
ان العقد يفسد فيما في بيعه اجل ولا يفسد في الاخر وكذا اذا جمع بين

ومنها شرايط البيع

قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة يصح البيع في القن ويفسد في المدبر
لوجود المفسد في احدهما دون الاخر كذا هذا والله اعلم ومنها قبض
راس المال في بيع الدين بالعين وهو السلم والكلام في السلم في الاصل في
ثلاث مواضع احدها في بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه وما لا

م في بيان ركنه والثاني في بيان شرايط الركن والثالث صح

السلم

يجوز اما ركن السلم فهو لفظ السلم والسلف والبيع بان يقول رب السلم اسلمت
اليك في كذا او اسلفت لان السلم والسلف يستعملان بمعنى واحد يقال
سلفت واسلفت واسلمت بمعنى فاذا قال المسلم اليه قبلت فقد تم الركن
وكذا اذا قال المسلم اليه بعت منك كذا وذكر شرايط السلم فقال رب
السلم قبلت وهذا قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد الا بلفظ السلم
لان القياس ان لا ينعقد اصلا لانه بيع ما ليس عند الانسان وانه منهي لان
الشرع ورد بجوازه بلفظة السلم بقوله ورخص في السلم ولنا ان السلم
بيع فينعقد بلفظ البيع والدليل على انه بيع ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان عاما وخص السلم بالرخصة فيه
فدل ان السلم بيع ما ليس عند الانسان ليستقيم تخصيصه عن عموم النهي
بالترخص فيه **فصل** واما شرايط الركن ففي الاصل نوعان نوع يرجع
الى نفس العقد ونوع يرجع الى البدل اما الذي يرجع الى نفس العقد فواحد
وهو ان يكون العقد باتا عاريا عن شرط الخيار للعاقدين او لاحدهما
لان جواز البيع مع شرط الخيار في الاصل حكم ثبت معدولا به عن القياس
لانه شرط يخالف مقتضى العقد لان مقتضى العقد ثبوت الحكم للحال
وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ومثل هذا الشرط مفسد
للعقد الا انا عرفنا جوازه بالنص والنص ورد في بيع العين فبقي ما
وراه على اصل القياس خصوصا اذا لم يكن في معناه والسلم ليس في معنى
بيع العين فيما شرع له الخيار لانه شرع لدفع الغبن والسلم مبناه
على الغبن ووكس الثمن لانه بيع المفاليس فلم يكن في معنى مورد
النص فورود النص هناك لا يكون ورودا ههنا دلالة فبقي الحكم
فيه على القياس ولان قبض راس المال من شرايط الصحة على ما نذكره
ولا صحة للقبض الا في الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع
صحة القبض بخلاف خيار المستحق انه لا يبطل السلم حتى لو استحق راس
المال وقد افترقا عن القبض واجاز المستحق فالسلم صحيح لانه لما اجاز
تبين ان العقد وقع صحيحا من حين وجوده وكذا القبض لان الاجازة
اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وبخلاف الرؤية والعيب لانه لا يمنع
ثبوت الملك فلا يمنع صحة القبض ولو ابطل صاحب الخيار خياره قبل
الافتراق بابدانهما وراس المال قايم في يد المسلم اليه ينقلب العقد جايزا

م ورخص في السلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان صح
م فنهي صح
م في الاصل صح
م خيار صح

عندنا

عندنا خلافا لزفر وقد مرت المسألة وان كان هالكا او مستهلكا لا ينقلب الى
الجواز بالاجماع لان راس المال يصير دينا على المسلم اليه والسلم لا ينعقد
براس مال دين فلا ينعقد عليه ايضا واما الذي يرجع الى البدل
فانواع ثلاثة نوع يرجع الى راس المال خاصة ونوع يرجع الى المسلم فيه
خاصة ونوع يرجع اليهما جميعا اما الذي يرجع الى راس المال فانواع منها بيان
جنسه كقولنا دراهم او دنانير او حنطة او تمر ومنها بيان نوعه اذا كان
في البلد نقود مختلفة كقولنا دراهم فتحية او دنانير نيسابورية او حنطة
سقية او تمر برني ومنها بيان صفته كقولنا جيد او وسط او رديء لان
جهالة الجنس والنوع والصفة جهالة مفضية الى المنازعة وانها مانعة
صحة البيع لما ذكرنا من الوجوه فيما تقدم ومنها بيان قدره اذا كان مما يتعلق
العقد بقدره من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ولا يكتفى
بالاشارة اليه وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وسفيان الثوري واحد قولي
الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد ليس بشرط والتعيين بالاشارة كاف
وهو احد قولي الشافعي ولو كان راس المال مما لا يتعلق العقد بقدره
من الذرعيات والعدديات المتفاوتة لا يشترط اعلام قدره ويكتفى
بالاشارة بالاجماع وكذا اعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط
والاشارة كافية بالاجماع وصورة المسألة اذا قال اسلمت اليك هذه الدراهم
او هذه الدنانير ولا يعرف وزنها او هذه الصبرة ولم يعرف كيلها لا يجوز
عند ابي حنيفة وعندهما يجوز ولو قال اسلمت اليك هذا الثوب ولم يعرف
ذرعه او هذا القطيع من الغنم ولم يعرف عدده جاز بالاجماع وجه
قولهما ان الحاجة الى تعيين راس المال وانه حصل بالاشارة اليه فلا
حاجة الى قدره ولهذا لم يشترط اعلام قدر الثمن في بيع العين ولا في السلم
اذا كان راس المال مما يتعلق العقد بقدره ولابي حنيفة رحمه الله ان جهالة
قدر راس المال تؤدي الى جهالة قدر المسلم فيه وانها مفسدة للعقد فيلزم
اعلام قدره صيانة للعقد عن الفساد ما امكن كما اذا اسلم في المكيل بمكيال
نفسه بعينه ودلالة انها تؤدي اليها انا قلنا الدراهم على ما عليه العادة لا
تخلو عن قليل زيف وقد يرد الاستحقاق على بعضها فاذا رد الزايف
ولم يستبدل في مجلس الرد ولم يجز المستحق ينفسخ السلم في المسلم فيه بقدر
المردود والمستحق ويبقى في الباقي وذلك غير معلوم فيصير المسلم فيه مجهولا

م اعلام صح
م انا صح
ر

القدر ولهذا لم يصح السلم في المكيلات بقفيز بعينه لانه يحتمل هلاك القفيز
فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم يصح كذا هنا بخلاف بيع العين فان الزيف
والاستحقاق هناك لا يوثر في العقد لان قبض الثمن غير مستحق وبخلاف
الثياب والعدديات المتفاوتة لان القدر فيها ملحق بالصفة الا ترى لو قال
اسلمت اليك هذا الثوب على انه عشرة اذرع فوجده المسلم اليه احد عشر
سلمت الزيادة له فثبت ان الزيادة فيها تجري مجرى الصفة واعلام صفة
راس المال ليس بشرط لصحة السلم اذا كان معينا مشارا اليه وعلى هذا
الخلاف اذا كان راس المال جنسا واحدا مما يتعلق العقد على قدره فاسلمه
في جنسين مختلفين كالحنطة والشعير او نوعين مختلفين من جنس واحد
كالهروي والمروي ولم يبين حصة كل واحد منهما فالسلم فاسد عند ابي
حنيفة وعندهما جايز ولو كان جنسا واحدا مما لا يتعلق العقد على قدره
كالثوب والعددي المتفاوت فاسلم في شيين مختلفين ولم يبين حصة
كل واحد منهما من راس المال فالسلم جايز بالاجماع ولو كان راس المال
من جنسين مختلفين او نوعين مختلفين فاسلمهما في جنس واحد
فهو على الاختلاف والكلام في هذه المسيلة بنا على الاصل الذي ذكرنا ان
كون راس المال معلوم القدر شرط لصحة السلم عند ابي حنيفة وعندهما
ليس بشرط ووجه البنا على هذا الاصل ان اعلام القدر لما كان شرطا عنده
فاذا كان راس المال واحدا وقوبل بشيين مختلفين كان انقسامه عليهما من
حيث القيمة لا من حيث الاجزا وحصة كل واحد منهما من راس المال لا يعرف
الا بالحزر والظن فيبقى قدر حصة كل واحد منهما من راس المال مجهولا
وجهالة قدر راس المال مفسدة للسلم عنده وعندهما اعلام قدره ليس
بشرط فجهالته لا تكون ضارة ولو اسلم عشرة دراهم في ثوبين جنسهما واحد
ونوعهما واحد وصفتهما واحدة وطولهما واحد ولم يبين حصة كل واحد
منهما من العشرة فالسلم جايز بالاجماع اما عندهما فظاهر لان اعلام قدر
راس المال ليس بشرط واما عنده فلان حصة كل واحد منهما من راس
المال يعرف من غير حزر وظن فكان قدر راس المال معلوما وصار كما اذا
اسلم عشرة دراهم في قفيزي حنطة ولم يبين حصة كل قفيز من راس المال
انه يجوز لما قلنا كذا هذا ولو قبض الثوبين بعد محل الاجل ليس له ان يبيع
احدهما مرابحة على خمسة دراهم عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد

له ذلك وله ان يبيعهما جميعا مرابحة على عشرة بالاجماع وكذا لو كان بين حصة كل ثوب
خمسة دراهم له ان يبيع احدهما على خمسة مرابحة بلا خلاف ونذكر دلايل
هذه الجملة في مسايل المرابحة ان شا الله تعالى ومنها ان يكون مقبوضا في
مجلس السلم لان المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض راس المال يكون
افتراقا عن دين بدين وانه منهي عنه لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع الكالي بالكالي اي النسية بالنسية ولان ماخذ هذا العقد دليل
على هذا الشرط فانه يسمى سلما وسلفا لغة وشرعا تقول العرب اسلمت
واسلفت بمعنى واحد وفي الحديث من اسلم فليسلم في كيل معلوم وروي
من سلف فليسلف في كيل معلوم والسلم ينبي عن التسليم والسلف ينبي
عن التقديم فيقتضي لزوم تسليم راس المال وتقدم قبضه على قبض المسلم
فيه فان قيل شرط الشي يسبقه او يقارنه والقبض يعقب العقد
فكيف يكون شرطا فالجواب ان القبض شرط بقا العقد على الصحة لا
شرط الصحة فان العقد ينعقد صحيحا بدون قبض ثم يفسد بالافتراق
لا عن قبض وبقا العقد صحيحا يعقب العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض
شرطا له وسوا كان راس المال دينا او عينا عند عامة العلما استحسانا والقياس
ان لا يشترط قبضه في المجلس اذا كان عينا وهو قول مالك وجه القياس
ان اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين وهذا افتراق عن
عين بدين وانه جايز وجه الاستحسان ان راس مال السلم يكون دينا عادة
ولا يجعل العين راس المال الا نادرا والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين
على ما هو الاصل في الشرع في الحاق المفرد بالجملة ولان ماخذ العقد في
الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين على ما ذكرنا
وسوا قبض في اول المجلس او في اخره فهو جايز لان ساعات المجلس
لها حكم ساعة واحدة وكذا لو لم يقبض حتى قاما يمشيان فقبض قبل
ان يفترقا بابدانهما جاز لان ما قبل الافتراق بابدانهما له حكم المجلس وعلى
هذا يخرج الابرا عن راس مال السلم انه لا يجوز بدون قبول رب السلم لان
قبض راس المال شرط صحة السلم فلو جاز الابرا من غير قبوله وفيه
اسقاط هذا الشرط اصلا لكان الابرا فسخا معنى وواحد العاقدين لا ينفرد
بفسخ العقد فلا يصح الابرا وبقي عقد السلم على حاله واذا قبل جاز الابرا لان
الفسخ حينيذ يكون بتراضيهما وانه جايز واذا جاز الابرا وانه في معنى

الفسخ انفسخ العقد ضرورة بخلاف الابرا عن المسلم فيه انه جايز من غير قبول المسلم
اليه لانه ليس في الابرا عنه اسقاط شرط لان قبض المسلم فيه ليس بشرط فصح
من غير قبوله الا انه يرتد بالرد لان قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع الا انه يرتد
بالرد لان في الابرا معني التمليك علي سبيل التبرع فلا يلزم دفعا لضرر المنة ولا يجوز
الابرا عن المبيع لانه عين والابرا اسقاط واسقاط الاعيان لا تعقل وعلي هذا
يخرج الاستبدال براس مال السلم في مجلس العقد انه لا يجوز وهو ان ياخذ
براس مال السلم شيا من غير جنسه لان قبض راس المال لما كان شرطا فبالاستبدال
يفوت قبضه حقيقة وانما يقبض بدله وبدل الشي غيره وكذلك الاستبدال
ببدل الصرف لما قلنا فان اعطي رب السلم من جنس راس المال اجود او اردي
ورضي المسلم اليه بالاردي جاز لانه قبض جنس حقه وانما اختلف الوصف وان كان
اجود فقد قضي حقه واحسن في القضا وان كان اردي فقد قضي حقه ايضا
لكن علي وجه النقصان فلا يكون اخذ الاجود والاردي استبدالا الا انه لا يجبر
علي اخذ الاردي لان فيه فوات حقه عن صفة الجودة فلا بد من رضاه وهل يجبر
علي الاخذ اذا اعطاه اجود من حقه قال علماونا الثلاثة يجبر عليه وقال زفر
لا يجبر وجه قوله ان رب السلم في اعطا الزيادة علي حقه متبرع والمتبرع
عليه لا يجبر علي قبول التبرع لما فيه من التزام المنة فلا يلزمه من غير التزامه
ولنا ان اعطا الاجود مكان الجيد في قضا الديون لا يعد فضلا وزيادة في
العادات بل يعد من باب الاحسان في القضا ولو احق الا بقا فاذا اعطاه الاجود
فقد قضي حق صاحب الحق واجمل في القضا فيجبر علي الاخذ واما الاستبدال
بالمسلم فيه بجنس اخر فلا يجوز ايضا لكن بنا علي اصل اخر ذكرناه فيما تقدم
وهو ان المسلم فيه مبيع منقول وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وان
اعطي اجود او اردي فحكمه حكم راس المال وقد ذكرناه واما استبدال
راس مال السلم بجنس اخر بعد الاقالة او بعد انفساخ السلم لعارض فلا يجوز
عندنا خلافا لزفر ويجوز استبدال بدل الصرف بعد الاقالة بالاجماع وتقدم
الكلام فيه والفرق فيما تقدم ويجوز الحوالة براس مال السلم علي رجل حاضر
والكفالة به لوجود ركن هذه العقود مع شرايطه فتجوز كما في ساير العقود
فلو امتنع الجواز انما يمتنع لمكان الخلل في شرط عقد السلم وهو القبض وهذه
العقود لا تخل بهذا الشرط بل تحققه لكونها وسايل الي استيفا الحق فكانت
موكدة له هذا مذهب اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز لان هذه العقود شرعت

م وبخلاف الابرآء عن ثمن
المبيع انه يصح من غير قبول
المشتري صح

لتوثيق

لتوثيق حق يحتمل التاخير عن المجلس فلا يحصل ما شرع له العقد فلا يصح وهذا غير
سديد لان معني التوثيق يحصل في الحقين جميعا فيجاز العقد فيهما جميعا ثم اذا جازت
الحوالة والكفالة فان قبض المسلم اليه راس المال من المحتال عليه والكفيل او من رب
السلم فقد تم العقد بينهما اذا كانا في المجلس سوا بقي المحيل والكفيل او افترقا بعد
ان كان العاقدان في المجلس وان افترق العاقدان بانفسهما قبل القبض بطل
السلم وبطلت الحوالة والكفالة وان بقي المحال عليه والكفيل في المجلس والعبرة لبقا
العاقدين وافتراقهما لا لبقا المحيل والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق
العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر مجلسهما وعلي هذا الحوالة والكفالة
ببدل الصرف انهما جايزان لما قلنا لكن التقابض من الجانبين قبل تفرق العاقدين
بابدانهما شرط وافتراق المحال عليه والكفيل لا يضر لما ذكرنا فان افترق العاقدان ن
بابدانهما قبل التقابض من الجانبين بطل الصرف وبطلت الحوالة والكفالة كما في
السلم واما الرهن براس المال فان هلك الرهن في المجلس وقيمته مثل راس المال
او اكثر فقد تم العقد بينهما لانه حصل مستوفيا لراس المال لان قبض الرهن قبض
استيفا لانه قبض مضمون وقد تقرر الضمان بالهلاك وعلى الراهن مثله من جنسه
في الماليه فيتقاصان فحصل الافتراق عن قبض راس المال فتم عقد السلم وان كانت
قيمته اقل من راس المال تم العقد بقدره ويبطل في الباقي لانه استوفي راس
المال بقدره وان لم يهلك الرهن حتي افترقا بطل السلم لحصول الافترا لا عن قبض
راس المال وعليه رد الرهن علي صاحبه وكذا هذا الحكم في بدل الصرف اذا اخذ به
رهنا انه ان هلك الرهن قبل افتراق العاقدين بابدانهما تم عقد الصرف لانه بالهلاك
صار مستوفيا وان لم يهلك حتي افترقا بطل الصرف لفوات شرط الصحة وهو
القبض كما في السلم والله اعلم وعلي هذا يخرج ما اذا كان راس المال دينا علي المسلم اليه
او علي غيره فاسلمه انه لا يجوز لان القبض شرط ولم يوجد حقيقة فيكون افتراقا
عن دين بدين وانه منهي عنه فان نقده في المجلس جاز ان كان الدين علي المسلم
اليه ولان المانع ها هنا ليس الا انعدام القبض حقيقة وقد زال وان كان علي غيره
لا يجوز وان نقده في المجلس لان هناك مانعا اخر وهو العجز عن التسليم لان ما في ذمة
الغير لا يكون مقدور التسليم والقدرة علي التسليم عند العقد من شرايط الصحة
علي ما مر وهذا المانع منعدم في الاصل الاول لان ذمة المسلم اليه في يده فكان
قادرا علي التسليم عند العقد وانما العجز لعدم القبض فاذا وجد القبض جاز ولو
اسلم دينا وعينا وافترقا جاز في حصة العين وبطل في حصة الدين لان الاصل الفساد بقدر

٢١ م

المفسد والمفسد عدم القبض وانه يخص الدين فيفسد السلم بقدره كما لو اشترى
عبدين ولم يقبضهما حتى هلك احدهما قبل القبض انه يبطل العقد في الهالك
ويبقى في الاخر لما قلنا كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قبض راس المال ثم انتقض
القبض فيه لمعنى اوجب انتقاضه انه يبطل السلم وبيان ذلك ان جملة راس المال
لا يخلو اما ان يوجد مستحقا او زيوفا او نبهرجة او ستوقا او رصاصا وكل ذلك
لا يخلو اما ان يكون قبل الافتراق او بعده وجد كله كذلك او بعضه دون بعض
وكذلك احد البدلين في الصرف اذا وجد بدل الصرف كذلك فهو كذلك على هذه
التفاصيل التي ذكرنا فان كان راس المال عينا فوجده المسلم اليه مستحقا او معيبا فان
لم يجز المستحق ولم يرض المسلم اليه بالعيب بطل السلم سواء كان بعد الافتراق او قبله
لانه انتقض القبض فيه بالاستحقاق والرد بالعيب ولا يمكن اقامة غيره مقامه
في القبض لانه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض راس المال في المجلس فيبطل السلم
وان اجاز المستحق ورضي المسلم اليه بالعيب جاز السلم سواء كان قبل الافتراق او بعده
لانه تبين ان قبضه وقع صحيحا فحصل الافتراق عن قبض راس المال ولا سبيل
للمستحق على المقبوض لانه لما اجاز فقد صار المقبوض ملكا للمسلم اليه وله ان
يرجع على الناقد بمثله ان كان مثليا وبقيمته ان لم يكن مثليا لانه اتلف عليه ماله
بالتسليم وكذا في الصرف غير ان هناك ان كان البدل المستحق او المعيب عينا
كالتبر والمصوغ من الفضة ولم يجز المستحق ولا رضي القابض بالعيب حتى بطل
الصرف يرجع على قابض الدينار بعين الدينار ان كان قائما وبمثله ان كان هالكا
ولا خيار لقابض الدينار في ظاهر الرواية كما في بيع العين اذا استحق المبيع واخذه
المستحق ولو كان قابض الدينار تصرف فيه واخرجه من ملكه لا يفسخ عليه
تصرفه وعليه مثله كما في المقبوض بعقد فاسد هذا اذا كان راس المال
عينا فاما اذا كان دينا فان وجده مستحقا واجاز المستحق فالسلم ماض سواء
كان قبل الافتراق او بعده لانه ظهر ان القبض كان صحيحا ولا سبيل للمشتري
على المقبوض ويرجع على الناقد بمثله لانه اتلفه بالتسليم وهو مثلي فيرجع
عليه بمثله وان لم يجز فان كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس فالسلم
ماض لان راس المال اذا كان دينا كان الواجب في ذمة رب السلم مثل المستحق
لا عينه فيقبض المستحق ان لم يصح او انتقض بالاستحقاق وعدم الاجازة
يقوم قبض مثله مقامه فيرجع عليه بمثله ويلحق ذلك الذي كان بالعدم كانه
لم يقبضه واخر القبض الى اخر المجلس بخلاف ما اذا كان عينا لان المستحق

م اما ان يجري عينا وهو ما يتعين بالتعيين واما ان يكون دينا وهو ما لا يتعين بالتعيين والعين لا يخلو اما ان توجد مستحقا او معيبا والدين لا يخلو م

هناك قبض العين وقد انتقض القبض فيه بالاستحقاق وتعذر اقامة قبض غيره مقامه
فحصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد وان كان بعد الافتراق يبطل السلم لانه تبين
ان الافتراق حصل لا عن قبض راس المال هذا اذا وجده مستحقا فاما اذا وجده
زيوفا او نبهرجة فان تجوز المسلم اليه فالسلم ماض على الصحة سواء وجده قبل
الافتراق او بعده لان الزيوف من جنس حقه لانها دراهم لكنها معيبة بالزيافة
وفوات صفة الجودة فاذا تجوز به فقد ابراه عن العيب ورضي بقبض حقه مع النقصان
بخلاف الستوق فانه لا يجوز وان تجوز به لانه ليس من جنس الدراهم على ما نذكره
وان لم يتجوز به ورده فان كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس فالعقد ماض
ويجعل كانه اخر القبض الى اخر المجلس وان كان بعد الافتراق بطل السلم عند ابي
حنيفة وزفر سواء استبدل في مجلس الرد او لا وعند ابي يوسف ومحمد ان لم
يستبدل في مجلس الرد فكذلك وان استبدل لا يبطل السلم وجه قولهما ان قبض
الزيوف وقع صحيحا لانه قبض جنس الحق الا ترى انه لو تجوز بها جاز ولو لم يكن
من جنس حقه لما جاز كالستوق الا انه فاتت صفة الجودة بالزيافة وكانت من جنس
حقه اصلا لا وصفا وكانت الزيافة فيها عيبا والعيب لا يمنع صحة القبض كما في بيع
العين اذا كان المبيع معيبا وبالرد ينتقض القبض لكن مقصورا على حال الرد ولا
يستند الانتقاض الى وقت القبض فيبقى القبض صحيحا كان ينبغي ان لا يشترط
قبض بدله في مجلس الرد لان المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة الا انه شرط
لان الرد شبيه بالعقد حيث لا يجب القبض في مجلس الرد الا بالرد كما لا يجب القبض
في مجلس العقد الا بالعقد وجه قول ابي حنيفة وزفر ان الزيوف من جنس حق م فالحق مجلس الرد بمجلس العقد صح
المسلم اليه لكن اصلا لا وصفا ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان
حقه في الاصل والوصف جميعا فصار بقبض الزيوف قابضا حقه من حيث الاصل لا
من حيث الوصف الا انه اذا رضي به فقد اسقط حقه عن الوصف وتبين ان المستحق
هو قبض الاصل دون الوصف لابرائه اياه عن الوصف فاذا قبض فقد قبض حقه
المستحق واذا لم يرض به تبين انه لم يقبض حقه لان حقه في الاصل والوصف جميعا
فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض راس المال فيبطل السلم هذا اذا وجده
زيوفا او نبهرجة فاما اذا وجده ستوقا او رصاصا فان وجده بعد الافتراق
بطل السلم لان الستوق ليس من جنس الدراهم الا ترى انه لا يروج في معاملات الناس
فلم يكن من جنس حقه اصلا ووصفا وكان الافتراق عن المجلس لا عن قبض راس المال
فيبطل السلم وسواء تجوز به او لا لانه اذا لم يكن من جنس حقه كان التجوز به استبدالا

براس مال السلم قبل القبض وانه لا يجوز بخلاف الزيوف لانها من جنس حقه على ما
بينا فان وجد في المجلس فاستبدله فالسلم ماض لان قبضه وان لم يصح فقد بقي
الواجب في ذمة رب السلم دراهم هي حق المسلم اليه فاذا قبضها فقد قبض حقه
في المجلس والتحق قبض الستوق بالعدم لانه لم يقبض اصلا واخر قبض راس
المال الى اخر المجلس وكذا في الصرف غير ان هناك اذا ظهر ان الدراهم ستوقة او
رصاص بعد الافتراق عن المجلس حتى بطل الصرف فقابض الدينار يسترد دراهمه
الستوقة وقابض الدراهم يسترد من قابض الدينار عين ديناره ان كان قايما ومثله
ان كان هالكا ولا خيار لقابض الدينار كذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل لانه اذا ظهر
ان المقبوض ستوقة او رصاص فقد ظهر ان قبضها لم يصح فتبين ان الافتراق حصل
لا عن قبض فبطل السلم وبقي الدينار في يده من غير سبب شرعي فاشبه يد
الغاصب واستحقاق المبيع في بيع العين وهناك يسترد عينه ان كان قايما كذا
ها هنا وطعن عيسى بن ابان وقال ينبغي ان يكون قابض الدينار بالخيار ان شا
رد عين الدينار وان شا مثله ولا يستحق عليه رد عين الدينار وان كان قايما لانه
لم يكن متعينا في العقد فلا يكون متعينا في الفسخ والاعتبار باستحقاق المبيع غير
سديد لان هناك ظهر بطلان العقد من الاصل لانه اذا لم يجز المستحق تبين ان
العقد وقع باطلا من حين وجوده وها هنا العقد وقع صحيحا وانما بطل في
المستقبل لعارض طرى عليه بعد الصحة فلا يظهر بطلانه من الاصل وبعض
مشايخنا اخذوا بقول عيسى ونصروه وحملوا جواب الكتاب على ما اذا اختار
قابض الدينار رد عين الدينار والله اعلم هذا الذي ذكرنا اذا وجد المسلم
اليه كل راس المال مستحقا او معيبا او زيوفا او ستوقا فاما اذا وجد بعضه
دون بعض ففي الاستحقاق اذا لم يجز المستحق ينتقض العقد بقدر المستحق
سوا كان راس المال عينا او دينا بلا خلاف لان القبض انتقض فيه بقدره وكذا
في الستوقة والرصاص يبطل العقد بقدره قليلا كان او كثيرا بالاجماع لما قلنا
وكذا هذا في الصرف غير ان هناك قابض الستوقة يصير شريكا لقابض الدينار
في الدينار الذي دفعه بدلا عن الدراهم فيرجع عليه بعينه وعلى قول عيسى
قابض الدينار بالخيار على ما ذكرنا واما في الزيوف والنبهرجة فقياس قول
ابي حنيفة رحمه الله ان ينتقض العقد بقدره اذا لم يجز ورده استبدل في مجلس
الرد او لا وهو قول زفر لانه تبين ان قبض المردود لم يصح فتبين ان الافتراق
حصل لا عن قبض راس المال في قدر المردود فيبطل بقدره الا انا استحسن م السلم م

في القليل وقال ان كان قليلا فرده واستبدل في ذلك المجلس فالعقد ماض في الكل
وان كان كثيرا بطل العقد بقدر المردود ولان الزيافة في القليل مما لا يمكن التحرز عنه
لان الدراهم لا تخلوا عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير واختلفت الرواية
عن ابي حنيفة رحمه الله في الحد الفاصل بين القليل والكثير مع ان اتفاق الروايات
على ان الثلث قليل في رواية عنه ان ما زاد على الثلث يكون كثيرا وفي رواية
النصف وفي رواية عنه الزايد على النصف وكذا هذا في الصرف غير ان هناك
اذا كثرت الزيوف فرد حتى بطل العقد في قدر المردود عند ابي حنيفة رحمه الله
يصير شريكا لقابض الدينار ويسترد منه عينه وعلى قول عيسى قابض الدينار
بالخيار على ما بينا ولو كان تصرف فيه او اخرجه عن ملكه لا يفسخ عليه تصرفه
وعليه مثله كما في البيع الفاسد على ما مر وكل جواب عرفته في السلم والصرف
فهو الجواب في عقد تتعلق صحته بالقبض قبل الافتراق مما سوى الصرف
والسلم كمن كان له على اخر دنانير فصالح منها على دراهم او كان له على اخر مكيل
او موزون موصوف في الذمة دينا او غيرهما مما يثبت مثله دينا في الذمة
فصالح منها على دراهم او نحو ذلك من العقود مما يكون قبض الدراهم فيه قبل الافتراق
او بعده والله اعلم وعلى هذا يخرج مقاصة راس مال السلم انه هل يصير
راس المال قصاصا بذلك الدين ام لا فهذا لا يخلوا اما ان وجب دين اخر بالعقد
واما ان وجب بالقبض فان وجب بالعقد فاما ان وجب بعقد متقدم على
عقد السلم واما ان وجب بعقد متاخر عنه فان وجب بعقد متقدم على السلم بان
كان رب المال باع المسلم اليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اسلم
اليه عشرة دراهم في كر حنطة فان جعلا الدينين قصاصا او تراضيا بالمقاصة
يصير قصاصا وان ابى احدهما لا يصير قصاصا كيف ما كان وهو قول زفر
وجه قوله ان قبض راس المال شرط والحاصل بالمقاصة ليس بقبض حقيقة
فكان الافتراق حاصلا لا عن قبض راس المال فبطل السلم ولنا ان العقد
ينعقد موجبا القبض حقيقة لولا المقاصة فاذا تقاصا تبين انه انعقد موجبا
قبضا بطريق المقاصة وقد وجد ونظيره ما قلنا في الزيادة في الثمن
والمثمن انها جايزة استحسانا وتلتحق باصل العقد لان بالزيادة يتبين ان
العقد وقع على المزيد عليه وعلى الزيادة جميعا كذا هذا وان وجب بعقد
متاخر عن السلم لا يصير قصاصا وان جعلاه قصاصا الا رواية عن ابي يوسف
شاذة لان بالمقاصة لا يتبين ان العقد وقع موجبا قبضا بطريق المقاصة من

بدين آخر على المسلم اليه بان وجب على المسلم اليه دين مثل راس المال صح

عن المجلس شرط الصحة العقد فقبض الدراهم ثم وجدها مستحقة او زيوفا او نبهرجة او ستوقة او رصاصا كلها او بعضها قبل صح

المقاصة على راس مال السلم

م وهذا استحسان والقياس ان لا يصير قصاصا صح

150

حين وجوده لان المقاصة تستدعي قيام دينين ولم يكن عند عقد السلم الا دين
واحد فانعقد موجبا حقيقة القبض وانه لا يحصل بالمقاصة هذا اذا وجب
الدين بالعقد واما اذا وجب بالقبض كالغصب والقرض فانه يصير قصاصا
سواء جعلاه قصاصا او لا بعد ان كان وجوب الدين الاخر متاخرا عن العقد لان
العقد ان انعقد موجبا قبضا حقيقة فقد وجد هاهنا لان قبض الغصب والقرض
قبض حقيقة فيجعل عن قبض راس المال لانه واجب وقبض الغصب محظور وقبض
القرض ليس بواجب فكان ايقاعه عن الواجب اولي بخلاف ما تقدم لان هناك
لم يوجد القبض حقيقة والقبض بطريق المقاصة يمكن في احد الفصلين
دون الاخر علي ما بينا والله اعلم هذا اذا تساوي الدينان فاما اذا تفاضلا بان
كان احدهما افضل والاخر ادون فقضي احدهما بالقصاص فانه ينظر ان م والاخر
ابي صاحب الافضل لا يصير قصاصا لان حقه في الجودة معصوم محترم فلا يجوز
ابطاله عليه من غير رضاه وان ابا صاحب الادون يصير قصاصا لانه لما رضي
به صاحب الافضل فقد اسقط حقه عن الفضل كانه قضي دينه فاعطاه اجود
ما عليه وهناك يجبر علي الاخذ كذا هاهنا والله اعلم وكذلك المقاصة في ثمن الصرف
تخرج علي هذه التفاصيل التي ذكرناها في راس مال السلم فافهم والله الموفق
للصواب ثم ما ذكرنا من اعتبار هذا الشرط وهو قبض راس المال حال بقاء العقد
فاما بعد ارتفاعه بطريق الاقالة او بطريق اخر فقبضه ليس بشرط في مجلس
الاقالة بخلاف القبض في مجلس العقد وقبض بدل الصرف في مجلس الاقالة
انه شرط لصحة الاقالة كقبضهما في مجلس العقد ووجه الفرق ان القبض في
مجلس العقد في البابين ما شرط لعينه وانما شرط للتعيين وهو ان يصير
البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين علي ما بينا ولا حاجة
الي التعيين في مجلس الاقالة في السلم لانه لا يجوز استبداله فيعود اليه عينه
فلا تقع الحاجة الي التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعي له
المجلس بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل الا بالقبض لان استبداله جائز فلا
بد من شرط القبض في المجلس ليتعين والله اعلم **فصل** واما الذي
يرجع الي المسلم فيه فانواع ايضا منها ان يكون معلوم الجنس كقولنا حنطة
او شعير او تمر ومنها ان يكون معلوم النوع كقولنا حنطة سقية او بخسية
تمر برني او فارسي هذا اذا كان مما يختلف نوعه فان كان مما لا يختلف لا يشترط
بيان النوع ومنها ان يكون معلوم الصفة كقولنا جيد او وسط او ردي ومنها

151

ان يكون معلوم القدر بالكيل او الوزن او الذرع او العد لان جهالة النوع والجنس
والصفة والقدر جهالة مفضية الي المنازعة وانها مفسدة للعقد وقال
النبي صلي الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الي اجل
معلوم ومنها ان يكون معلوم القدر بكيل او وزن او ذرع يومن فقده عن
ايدي الناس فان كان لا يومن فالسلم فاسد بان اعلم قدره بمكيال
لا يعرف عياره بان قال بهذا الحجر ولا يعرف كم وزنه او بخشبة لا يعرف
قدرها بان قال بهذه الخشبة ولا يعلم مقدارها او بذراع يده ولو كان هذا في
العين بان قال بعتك من هذه الصبرة ملئ هذا الاناء بدرهم او من هذا الذهب
وزن هذا الحجر بدرهم يجوز في ظاهر الرواية وروي الحسن عن ابي حنيفة انه لا
يجوز في بيع العين ايضا كما لا يجوز في السلم وروي عن ابي يوسف انه كان يقول
اولا لا يجوز ثم رجع وقال يجوز وجه هذه الرواية ان هذا بيع مكايلة والعلم
بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة ولم يوجد فيفسد كما لو باع
قفزانا من هذه الصبرة ولظاهر الرواية الفرق بين السلم وبين بيع العين
ووجه الفرق بينهما من وجهين احدهما ان التسليم في باب السلم لا يجب
عقيب العقد وانما يجب بعد محل الاجل فيحتمل ان يهلك الاناء قبل محل الاجل
وهذا الاحتمال ان لم يكن غالبا فليس بنادر ايضا واذا هلك يصير المسلم فيه
مجهول القدر بخلاف بيع العين لانه يوجب التسليم عقيبه وهلاك القفيز
عقيب العقد بلا فصل نادر والنادر ملحق بالعدم فلا يصير المبيع مجهول
القدر والثاني ان القدرة علي تسليم المبيع شرط انعقاد العقد وصحته
والقدرة علي التسليم ~~عند السلم~~ عند العقد ثابتة في باب السلم لان السلم
بيع المفاليس وفي ثبوت القدرة عند محل الاجل شك قد يثبت وقد لا يثبت
لانه ان بقي المكيال والحجر والخشبة يثبت وان لم يبق لا يثبت فوقع الشك
في ثبوت القدرة فلا يثبت بالشك علي الاصل المعهود في غير الثابت
بيقين اذا وقع الشك في ثبوته انه لا يثبت بخلاف بيع العين لان هناك
القدرة علي التسليم ثابتة عند العقد وفي فواتها بالهلاك شك فلا يفوت
بالشك علي الاصل المعهود في الثابت بيقين اذا وقع الشك في زواله انه لا
يزول بالشك واما قوله العلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة
فنقول العلم بذلك لا يشترط لعينه بل لصيانة العقد عن الجهالة المفضية
الي المنازعة وهذا النوع من الجهالة لا يفضي الي المنازعة لامكان الوصول

م بان قال بهذا الاناء ولا يعلم كم يسع فيه او الحجر لا يعرف عياره صح

الى العلم بقدر المبيع بالكيل للحال بخلاف بيع قفيز من الصبرة لان هناك لا طريق
للوصول الى العلم بمقدار المبيع فالمشتري يطالبه بزيادة والبايع لا يعطيه
فيتنازعان وكانت الجهالة مفضية الى المنازعة فهو الفرق بين الفصلين
وقيل انما يجوز هذا في بيع العين اذا كان الاناء من خزف او خشب او حديد او
نحو ذلك لانه لا يحتمل الزيادة والنقصان واما اذا كان مثل الزنبيل والجوالق
والغرارة ونحو ذلك فلا يجوز لانه يحتمل الزيادة والنقصان والله اعلم ولو كان
المسلم فيه مكيلا فاعلم قدره بالوزن المعلوم او كان موزونا فاعلم قدره بالكيل
المعلوم جاز لان الشرط كونه معلوم القدر بمعيار يومن فقده وقد وجد بخلاف
ما اذا باع المكيل بالمكيل وزنا بوزن متساويا في الكيل انه لا يجوز ما لم يتساويا — م متساويا في الوزن او باع الموزون بالموزون كيلا بكيل صح
في الكيل والوزن لان شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدر والعلم
بالقدر كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن فاما شرط الكيل والوزن في الاشيا التي
ورد الشرع فيها باعتبار الكيل والوزن في بيع العين ثبت نصا فكان بيعها
بالكيل او الوزن مجازفة فلا يجوز اما في باب السلم فاعتبار الكيل والوزن
لمعرفة مقدار المسلم فيه وقد حصل والله اعلم ومنها ان يكون مما يمكن ان
يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف الا تفاوت
يسير فان كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فيه
لانه اذا لم يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف يبقى مجهول القدر والوصف
جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وبيان ذلك انه يجوز
السلم في المكيلات والموزونات التي تحتمل التعيين والعدديات المتقاربة اما
المكيلات والموزونات فلانها ممكنة الضبط قدرا وصفة على وجه لا يبقى
بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه الا تفاوت يسير لانها من ذوات
الامثال وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض لان الجهالة فيها
يسيرة لا تفضي الى المنازعة وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سوا لانه
لا يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة فكان ملحقا بالعدم
فيجوز السلم فيها عددا وكذلك كيلا وهذا عندنا وقال زفر لا يجوز وجه
قوله ان الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت في الصغر والكبر حتى يشتري الكبير
منها باكثر مما يشتري الصغير فاشبه البطيخ والرمان ولنا ان التفاوت
بين صغير الجوز وكبيره يسير اعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط العبرة
ولهذا كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف بخلاف الرمان والبطيخ فان التفاوت
بين

السلم في الفلوس — 152 — بين احاده تفاوت فاحش ولهذا كان مضمونا بالقيمة واما السلم في الفلوس
عددا فجايز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز بنا على ان الفلوس
اثمان عنده فلا يجوز السلم فيها كما لا يجوز في الدراهم والدنانير وعندهما ثمنيتها
م — ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لانها تثبت بالاصطلاح فتزول بالاصطلاح واقدام
العاقدين على عقد السلم فيها مع علمهما انه لا صحة للسلم في الاثمان اتفاق
منهما على اخراجها عن صفة الثمنية فتبطل ثمنيتها في حق العاقدين سابقا
على العقد وتصير سلعا عددية فيصح السلم فيها كما في ساير السلع العددية
السلم في المذروعات — كالنصال ونحوها واما الذرعيات كالثياب والبسط والحصير والبواري
ونحوها فالقياس ان لا يجوز السلم فيها لانها ليست من ذوات الامثال لتفاوت
فاحش بين ثوب وثوب ولهذا لم تضمن بالمثل في ضمان العدوان بل
بالقيمة فاشبه السلم في اللالي والجواهر الا انا استحسنا الجواز لقوله تعالى
في اية الدين ولا تسأموا ان تكتبوه صغيرا او كبيرا الى اجله والمكيل والموزون
لا يقال فيه الصغير والكبير وانما يقال ذلك في الذرعيات والعدديات
ولان الناس تعاملوا السلم في الثياب لحاجتهم الى ذلك فيكون اجماعا منهم على
الجواز فيترك القياس بمقابلته ولانه اذا بين جنسه ونوعه وصفته
ورقعته وطوله وعرضه يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم شرعا
لحاجة الناس ولا حاجة الى الالحاق بالمثل في باب الاستهلاك مع ما ان
هذا الاعتبار غير سديد لانه قد يحتمل في المعاملات من التفاوت اليسير ما لا
يحتمل مثله في الاتلافات فان الاب اذا باع مال ولده بغبن يسير جاز ولو اتلف
عليه شيا يسيرا من ماله يضمن فلا يستقيم الاستدلال هذا اذا اسلم في ثوب
السلم في الخز — الكرباس او الكتان فاما اذا اسلم في ثوب الخز فهل يشترط فيها بيان الوزن بعد
بيان الجنس والنوع والصفة والرقعة والطول والعرض ان كان مما تختلف قيمته
باختلاف وزنه من القلة والكثرة بعد التساوي في الجنس والنوع والصفة
والرقعة والطول والعرض يشترط لان بعد بيان هذه الاشيا تبقى جهالة
مفضية الى المنازعة واذا كان مما لا يختلف يجوز لان جهالة الوزن فيه لا تفضي الى
المنازعة ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللالي
والخرز والجلود والادم والرؤوس والاكارع والبطيخ والقثا والرمان والسفرجل
ونحوها من العدديات المتفاوتة لانه لا يمكن ضبطها بالوصف اذ يبقى بعد بيان
جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة لتفاوت فاحش

جوهر وجوهر ولولو ولولو وحيوان وحيوان وكذا بين جلد وجلد وراس وراس في
الصغر والكبر والسمن والهزال وتمسك الشافعي بجواز السلم في الحيوان وجه
قوله ان المانع هاهنا جهالة المسلم فيه وقد زالت ببيان الجنس والنوع والصفة
فكان مضبوط الوصف فالتفاوت فيما وراء ذلك لا يعتبر ولهذا وجب دينا في
الذمة في النكاح فاشبه الثياب ولنا ان بعد بيان هذه الاشيا يبقى بين
فرس وفرس تفاوت فاحش في المالية فيبقى جهالة مفضية الي المنازعة
وانها مانعة صحة العقد لما ذكرنا من الوجوه فيما قبل وقد روي عن ابن
عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان
والسلف والسلم واحد في اللغة والاعتبار بالنكاح غير سديد لانه يتحمل
جهالة لا يتحملها البيع الا ترى انه يصح من غير ذكر البدل وببدل مجهول وهو
مهر المثل ولا يصح البيع الا ببدل معلوم فلا يستقيم الاستدلال ولا يجوز السلم
في التبن احمالا او اوقارا لان التفاوت بين الحمل والحمل والوقر والوقر مما
يفحش الا اذا اسلم فيه بقبان معلوم من قبان التجار ولا يختلف فيجوز
ولا يجوز السلم في الحطب حزما ولا اوقارا للتفاوت الفاحش بين حزمة
وحزمة ووقر ووقر وكذا في القصب والحشيش والعيدان الا اذا وصفه
بوصف يعرف ويتقارب التفاوت فيجوز ويجوز السلم في اللبن والاجر
اذا سمي ملبنا معلوما لا يختلف ولا يتفاوت الا يسيرا وكذا في الطوابيق اذا
وصفها بوصف يعرف على وجه لا تبقى بعد الوصف جهالة مفضية الى
المنازعة لان الفساد للجهالة فاذا صار ~~مجهولا~~ معلوما بالوصف جاز وكذا في
طشت او قمقمة او خفين او نحو ذلك ان كان يعرف يجوز وان كان لا يعرف
لا يجوز لان المسلم فيه دين حقيقة والدين يعرف بالوصف فان كان مما يحصل
تمام معرفته بالوصف بان لم يبق فيه جهالة مفضية الى المنازعة جاز السلم فيه
والا فلا ولو استصنع رجل شيا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا والكلام
في الاستصناع في مواضع في بيان جوازه انه جايز ام لا وفي بيان شرايط جوازه
وفي بيان كيفية جوازه وفي بيان حكمه اما الاول فالقياس يابى جواز
الاستصناع لانه بيع المعدوم كالسلم بل هو ابعد جوازا من السلم لان المسلم
فيه تحتمله الذمة لانه دين حقيقة والمستصنع عين توجد في الثاني
والاعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد ابعد عن القياس من السلم
وفي الاستحسان جاز لان الناس تعاملوه في ساير الاعصار من غير انكار فكان

والسن لان الحيوان معلوم الجنس والنوع والصفة صح

الاستصناع

اجماعا

153 اجماعا منهم على الجواز فيترك القياس به ثم هو بيع عند عامة مشايخنا وقال
بعضهم هو عدة وانه ليس بسديد لان محمدا رحمه الله ذكر القياس
والاستحسان في جوازه وذكر القياس والاستحسان لا يليق بالعدات
وكذا اثبت خيار الروية للمستصنع وانه من خصايص البيوع وكذا من
شرط جوازه ان يكون فيما للناس فيه تعامل والعدات لا يتقيد جوازها
بهذه الشرايط فدل ان جوازه جواز البياعات لا جواز العدات والله اعلم
واما شرايط جوازه فمنها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته
لانه مبيع فلا بد وان يكون معلوما والعلم انما يحصل باشيا ومنها ان يكون
مما للناس فيه تعامل كالخف والقلنسوة والانية ونحوها فلا يجوز فيما لا
تعامل لهم فيه كما اذا امر حايكا ان يحوك له ثوبا بغزل نفسه ونحو ذلك
مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه لان جوازه مع ان القياس يأباه ثبت
بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل ويبقى الامر فيما وراء ذلك موكولا
الى القياس واما كيفية جوازه فهي انه عقد غير لازم في حق كل واحد منهما
قبل روية المستصنع والرضا به حتى كان للصانع ان يمتنع من الصنع وان
يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع وللمستصنع ان يرجع ايضا لان القياس
ان لا يجوز اصلا الا ان جوازه ثبت استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس
وحاجتهم قبل الصنع او بعده قبل روية المستصنع والرضا به الى الجواز
دون اللزوم فبقي اللزوم قبل ذلك على اصل القياس واما حكم الاستصناع
فحكمه في حق المستصنع اذا اتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة
ثبوت ملك غير لازم في حقه حتى يثبت له خيار الروية اذا راه ان شاء
اخذه وان شاء تركه وفي حق الصانع ثبوت ملك لازم اذا راه المستصنع
ورضي به ولا خيار له وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة انه
غير لازم في حق كل واحد منهما حتى يثبت لكل واحد منهما الخيار وروي
عن ابي يوسف انه لازم في حقهما حتى لا خيار لاحدهما لا للصانع ولا للمستصنع
ايضا وجه رواية ابي يوسف ان في اثبات الخيار للمستصنع اضرارا بالصانع
لانه قد افسد متاعه وفرى جلده واتى بالمستصنع على الصفة المشروطة
فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعا للضرر عنه وجه الرواية
الاولى ان في اللزوم اضرارا بهما جميعا اما ضرر الصانع فلما قال ابو يوسف
واما ضرر المستصنع فلان الصانع متى لم يصنعه واتفق له مشتر يبيعه

فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فوجب ان يثبت الخيار لهما دفعا
للضرر عنهما وجه ظاهر الرواية وهو اثبات الخيار للمستصنع لا للصانع ان
المستصنع مشتري شيا لم يره لان المعقود عليه وهو المستصنع وان كان
معدوما حقيقة لكنه جعل موجودا شرعا حتي جاز العقد استحسانا ومن اشتري
شيا لم يره فهو بالخيار اذا راه والصانع بايع شيا لم يره فلا خيار له ولان الزام
حكم العقد في جانب المستصنع اضرار به لان من الجايز ان لا يلايمه المصنوع
ولا يرضي به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج الي بيعه من غيره ولا يشتري
منه بمثل قيمته فيتضرر به وليس في الالزام من جانب الصانع ضرر به
لانه ان لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته وذلك ميسر
عليه لكثرة ممارسته هذا اذا استصنع شيا ولم يضرب له اجلا فاما اذا
ضرب له اجلا فانه ينقلب سلما عند ابي حنيفة فلا يجوز الا بشرايط السلم
ولا خيار لواحد منهما كما في السلم وعندهما هو علي حاله استصناع وذكره
الاجل للتعجيل ولو ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه ينقلب سلما بالاجماع
وجه قولهما انه استصناع حقيقة فلو صار سلما انما يصير بذكر
المدة وانه قد يكون للاستعجال كما في الاستصناع فلا يخرج عن كونه
استصناعا مع الاحتمال ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجل في البيع من الخصايص
اللازمة للسلم فذكره يكون ذكرا للسلم معني وان لم يذكره صريحا كالكفالة
بشرط براة الاصيل انها حوالة معني وان لم يات بلفظ الحوالة قوله ذكر
الوقت قد يكون للاستعجال قلنا لو حمل علي الاستعجال لم يكن مفيدا لان
التعجيل غير لازم ولو حمل علي حقيقة التاجيل لكان مفيدا لانه لازم فكان
الحمل عليه اولي ولا يجوز السلم في اللحم في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال السلم في اللحم
ابو يوسف ومحمد يجوز اذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره
وسنه وموضعه لان الفساد لمكان الجهالة وقد زالت ببيان هذه الاشيا
ولهذا كان مضمونا بالمثل في ضمان العدوان ولابي حنيفة ان الجهالة تبقي
بعد بيان ما ذكرناه من وجهين احدهما من جهة الهزال والسمن
والثاني من جهة قلة العظم وكثرته وكل واحدة منهما مفضية الي المنازعة
وقياس الوجه الثاني انه لو اسلم في منزوع العظم يجوز وهو رواية الكرخي
عن ابي حنيفة وقياس الوجه الاول انه لا يجوز كيف ما كان وهو ظاهر
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لانه ان زالت الجهالة من احدي

الجهتين

الجهتين بقيت من جهة اخري وهي جهالة السمن والهزال فكان المسلم فيه مجهولا
فلا يصح السلم الا انه جعل مثلا في ضمان العدوان وسقط اعتبار التفاوت فيه
شرعا تحقيقا لمعني الزجر من وجه لان ذلك لا يحصل بالقيمة لان للناس رغايب
في الاعيان ما ليس في قيمتها ويجوز السلم في الالية والشحم وزنا لانه لا يختلف
بالسمن والهزال الا يسيرا بخلاف اللحم فان التفاوت بين السمين والمهزول والمهزول
تفاوت فاحش واما السلم في السمك فقد اختلفت عبارات الاصل في ذلك والصحيح السلم في السمك بلغ
انه يجوز السلم في الصغار منه كيلا ووزنا مالحا او طريا بعد ان كان في حينه لان
الصغار منه لا يتحقق فيه السمن والهزال ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم عند م اختلاف م
ابي حنيفة وفي الكبار عن ابي حنيفة روايتان في رواية لا يجوز طريا كان او
مالحا كالسلم في اللحم لاختلافها بالسمن والهزال كاللحم وفي رواية انه يجوز
كيف ما كان وزنا لان التفاوت بين سمينه ومهزوله لا يعد تفاوتا عادة لقلته
وعند ابي يوسف ومحمد لا يجوز بخلاف اللحم عندهما والفرق لهما ان بيان
الموضع من اللحم شرط الجواز عندهما وذلك لا يتحقق في السمك فاشبه السلم
في المسالخ والله اعلم واما السلم في الخبز لا يجوز في قولهم لتفاحش التفاوت السلم في الخبز
بين خبز وخبز في الخبز والخفة والثقل فيبقي جهالة مفضية الي المنازعة ولان جواز
السلم ثبت بخلاف القياس بتعامل الناس ولا تعامل في الخبز وذكر في نوادر
ابن رستم انه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يجوز ومنها
ان يكون موجودا من وقت العقد الي وقت الاجل فان لم يكن موجودا عند
العقد او عند محل الاجل او كان موجودا فيهما لكنه انقطع من ايدي الناس فيما بين
ذلك كالثمار والفواكه واللبن واشباه ذلك لا يجوز السلم وهذا عندنا وقال
الشافعي الشرط وجوده عند محل الاجل لا غير وجه قوله ان اعتبار هذا الشرط
وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة علي التسليم فيعتبر وقت وجوب التسليم
وذلك عند محل الاجل فاما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة
ونظير هذا في العقليات ما قلنا في استطاعة الفعل انها مع الفعل لا تتقدمه
لان وجودها للفعل فيجب وجودها عند الفعل لا سابقا عليه لنا هذا ولنا
ان القدرة علي التسليم ثابتة للحال وفي وجودها عند المحل شك لاحتمال
الهلاك فان بقي حيا الي وقت المحل تثبت القدرة وان هلك قبل ذلك لا تثبت
والقدرة لم تكن ثابتة وقع الشك في ثبوتها فلا تثبت مع الشك ولو كان
موجودا عند العقد ودام وجوده الي محل الاجل بمحل الاجل ولم يقبضه

م في الخبز عددا فلا يجوز بالاجماع لتفاوت فاحش بين الخبزين في الكبر والصغر واما وزنا فقد ذكر الكرخي ان السلم صح

حتى انقطع عن ايدي الناس لا ينفسخ السلم بل هو على حاله صحيح لان السلم وقع صحيحا
لثبوت القدرة على التسليم لكون المسلم فيه موجودا وقت العقد ودام وجوده الى
محل الاجل الا انه عجز عن التسليم للحال لعارض الانقطاع مع عرضية حدوث
القدرة ظاهرا بالوجود فكان في بقا العقد فايدة والعقد اذا انعقد صحيحا يبقى
لفايدة محتملة الوجود والعدم على السوا كبيع الابق اذا ابق قبل القبض فلان
يبقى لفايدة عود القدرة في الثاني ظاهرا اولى لكن يثبت الخيار لرب السلم ان شاء
فسخ العقد وان شا انتظر وجوده لان الانقطاع قبل القبض بمنزلة تغير المعقود
عليه قبل القبض وانه يوجب الخيار فلو اسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها
لا يصح عندنا لانه سلم في المنقطع وعلى هذا يخرج ما اذا اسلم في حنطة موضع
انه ان كان مما لا يتوهم انقطاع طعامه جاز السلم فيه كما اذا اسلم في حنطة
خراسان او العراق او فرغانه لان كل واحد منها اسم الولاية فلا يتوهم انقطاع
طعامها وكذا اذا اسلم في طعام بلدة كبيرة كسمرقند وبخارا او كاشان جاز لانه
لا ينفد طعام هذه البلاد الا على سبيل الندرة والنادر يلحق بالعدم ومن مشايخنا
من قال لا يجوز الا في طعام ولاية لان وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت
والسلم عقد جوز بخلاف القياس لانه بيع المعدوم فيجب صيانته عن عرر
الانفساخ ما امكن والصحيح ان الموضع المضاف اليه الطعام ان كان مما لا ينفد
طعامه غالبا يجوز السلم فيه سواء كان ولاية او بلدة كبيرة لان الغالب في احكام
الشرع ملحق بالمتيقن وان كان مما يحتمل ان ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم
كارض بعينها او قرية بعينها لانه اذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت
القدرة على التسليم لما ذكرنا انه لا قدرة له للحال لانه بيع المفاليس وفي ثبوت
القدرة عند محل الاجل شك لاحتمال الانقطاع فلا تثبت القدرة مع الشك
وقد روي ان زيد بن شعبة لما اراد ان يسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
اسلم اليك في ثمرة نخلة بعينها فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اما في ثمر نخلة بعينها
فلا وذكر في الاصل اذا اسلم في حنطة هراة لا يجوز واراد به قرية من قرى الفراه
المسماة بهراة مما يحتمل انقطاع ثم لو اسلم في ثوب هراة وذكر شرايط السلم يجوز
ووجه الفرق بينهما ظاهر لان اضافة الثوب الى هراة ذكر شرط من شرايط السلم
لا جواز له بدونه وهو بيان النوع لا تخصيص الثوب بالمكان المذكور بدليل
ان المسلم اليه لو اتى بثوب نسج في غير هراة لكن على صنعة ثوب هراة يجبر رب
السلم على القبول فاذا ذكر النوع وذكر الشرايط الاخر كان هذا عقدا استجمع شرايطه

فيجوز

فيجوز فاما اضافة الطعام الى هراة فليس يفيد شرطا لاجواز للسلم بدونه الا ترى
لو ترك الاضافة اصلا جاز السلم فبقيت الاضافة لتخصيص الطعام بموضع معين
يحتمل انقطاع طعامه فلم يجز ومنها ان يكون مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا
يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم لان السلم فيه مبيع لما روينا ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم سمى السلم
بيعا فكان المسلم فيه مبيعا والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين
في عقود المعاوضات فلم تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها وهل يجوز السلم
في التبر والنقرة والمصوغ منهما فعلى رواية كتاب الصرف لا يجوز لانه جعلها
بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة وعلى رواية كتاب المضاربة يجوز لانه
جعلها بمنزلة العروض حيث لم يجوز المضاربة بها فتتعين بالتعيين فكانت
مبيعة فيجوز السلم فيها وعلى هذا ايضا يخرج السلم في الفلوس عددا انه جائز
عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الفلوس مما يتعين بالتعيين في الجملة عندهما
حتى جوزا بيع فلس بفلسين باعيانهما وعند محمد لا يجوز فيها كما لا يجوز
في الدراهم والدنانير لانها اثمان عنده ولهذا لم يجز بيع واحد منها باثنين
باعيانهما ويجوز السلم في القماقم والاواني الصفرية التي تباع عددا لانها تتعين
بالتعيين وكانت مبيعة وان كانت تباع وزنا لا يجوز السلم فيها ما لم يعرف
وزنها لانها مجهولة القدر والله اعلم ومنها ان يكون مؤجلا عندنا حتى لا
يجوز السلم الحال وعند الشافعي الاجل ليس بشرط وسلم الحال جائز وجه
قوله ان الاجل شرع نظرا للمسلم اليه تمكينا له من الاكتساب فلا يكون لازما في بيع
العين ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اسلم فليسلم
في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم اوجب مراعاة الاجل في السلم كما اوجب
مراعاة القدر فيه فيدل على كونه شرطا فيه كالقدر ولان السلام حالا يفضي
الى المنازعة لان السلم بيع المفاليس فالظاهر ان يكون المسلم اليه عاجزا
عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالبه بالتسليم فيتنازعان على وجه
تقع الحاجة الى الفسخ وفيه الحاق الضرر برب السلم لانه سلم راس المال
الى المسلم اليه وصرفه في حاجته فلا يصل الى المسلم فيه ولا الى راس المال فشرط
الاجل حتى لا يملك المطالبة الا بعد حل الاجل وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهرا
فلا يودي الى المنازعة المفضية الى الفسخ والاضرار برب السلم ولانه عقد
لم يشرع الا رخصة لكونه بيع ما ليس عند الانسان لما روي ان النبي صلى الله عليه

وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم فهذا الحديث يدل على ان
بيع ما ليس عند الانسان لم يشرع الا رخصة وان السلم بيع ما ليس عند الانسان
ايضا على ما ذكرنا من قبل والرخصة في عرف الشرع اسم لما تغير عن الامر الاصلي
بعارض عذر الى تخفيف ويسر كرخصة تناول الميتة وشرب الخمر
بالاكراه والمخمصة ونحو ذلك والترخص في السلم هو تغيير الحكم الاصلي
وهو حرمة بيع ما ليس عند الانسان الى الحل بعارض عذر العدم وضرورة الى صح
الافلاس فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى الحكم
فيها على العزيمة الاصلية فكانت حرمة السلم الحالة على هذا التقريب
مستفادة من النص كان ينبغي ان لا يجوز السلم من القادر على تسليم المسلم
فيه للحال الا انه صار مخصوصا عن النهي العام والحق بالعاجز عن التسليم
للحال على اعتبار الاصل والحاق النادر بالعدم في احكام الشرع والله الموفق
ومنها ان يكون موجلا باجل معلوم فان كان مجهولا فالسلم فاسد سوا
كانت الجهالة متفاحشة او متقاربة لان كل ذلك يفضي الى المنازعة وانها
مفسدة للعقد كجهالة القدر وغيرها على ما ذكرنا واما مقدار الاجل فلم يذكر
في الاصل وذكر الكرخي ان تقدير الاجل الى العاقدين حتى لو قدرا بنصف يوم
جاز وقال بعض اصحابنا اقله ثلاثة ايام قياسا على خيار الشرط وهذا القياس
غير سديد لان اقل مدة الخيار ليس بمقدر والثلاث اكثر المدة على اصل ابي
حنيفة رحمه الله فاني يستقيم القياس وروي عن محمد رحمه الله انه قدره
بالشهر وهو الصحيح لان الاجل انما شرط في السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم
اليه ليتمكن من الاكتساب في المدة والشهر مدة معتبرة يتمكن فيه من الاكتساب
فيتحقق معنى الترفيه فاما ما دونه ففي حد القلة فكان له حكم الحلول
والله اعلم ولو مات المسلم اليه قبل الاجل حل الدين وكذلك كل دين موجل من عليه دين موجل
سواء اذا مات من عليه الدين والاصل في هذا ان موت من عليه الدين يبطل اذا مات حل
الاجل وموت من له الدين لا يبطل لان الاجل حق المديون لا حق صاحب
الدين فيعتبر حياته وموته في الاجل وبطلانه والله اعلم ومنها
بيان مكان ايفائه اذا كان له حمل ومونة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند
ابي يوسف ومحمد ليس بشرط وعلى هذا الخلاف بيان مكان الاجرة في
الاجارات اذا كان لها حمل ومونة وعلى هذا الخلاف اذا جعل المكيل الموصوف
او الموزون الموصوف ثمنا في بيع العين انه لا بد من بيان مكان التسليم عنده

خلافا لهما كذا اطلقه الكرخي ولم يفصل بين ما اذا كان موجلا او غير موجل ومن 156
اصحابنا من فرق فقال لو انه كان حالا يتعين مكان العقد للتسليم بالاجماع
وحاصل الاختلاف راجع الى مكان العقد هل يتعين للايفا عنده لا
يتعين وعندهما يتعين لانه اذا لم يتعين مكان العقد للايفا عنده ولم
يوجد منهما تعيين مكان اخر بقي مكان الايفا مجهولا جهالة مفضية الى
المنازعة فيفسد العقد ولما تعين مكان العقد للايفا عندهما صار مكان
الايفا معلوما فيصح وجه قولهما ان سبب وجوب الايفا العقد والعقد هو صح
وجد في هذا المكان فيتعين مكان العقد لوجوب الايفا فيه كما في بيع العين
اذا كان المسلم فيه شيا ليس له حمل ومونة فانه يتعين مكان العقد لوجوب
الايفا فيه لما قلنا كذلك هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد وجد مطلقا
عن تعيين مكان فلا يتعين مكان العقد للايفا والدليل على اطلاق العقد
عن تعيين مكان الحقيقة والحكم اما الحقيقة فلانه لم يوجد ذكر المكان في
العقد نصا فالقول بتعين مكان العقد شرعا من غير تعيين العاقدين
تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل واما الحكم فان العاقدين لو عينا مكانا
اخر جاز ولو كان تعيين مكان العقد من مقتضيات العقد شرعا لكان
تعيين مكان اخر تغييرا لمقتضى العقد وانه تغيير حكم الشرع فينبغي
ان لا يجوز واذا لم يتعين مكان العقد للايفا بقي مكان الايفا مجهولا
جهالة مفضية الى المنازعة لان الاشيا التي لها حمل ومونة تختلف باختلاف حمل صح
الامكنة لما يلزم في حملها من مكان الى مكان من المونة فيتنازعان واما
قولهما سبب وجوب التسليم وهو العقد وجد في هذا المكان قلنا ليس
كذلك فان العقد قايم بالعاقدين لا بالمكان فلم يوجد العقد في هذا
المكان وانما هذا مكان المتعاقدين على ان العقد ليس بسبب لوجوب التسليم
للحال وانما يصير سببا عند حل الاجل مقصورا عليه وعند ذلك مكان
العاقدين ليس بمتحد بل مختلف فيتنازعان واما المسلم فيه اذا لم يكن له
مونة فعن ابي حنيفة فيه روايتان في رواية لا يتعين مكان العقد هناك
ايضا وهو رواية كتاب الاجارات ويوفيه في اي مكان شا وهذا لا يوجب
الفساد لان الفساد هاهنا لمكان الجهالة المفضية الى المنازعة لاختلاف
القيمة باختلاف الامكنة وما لا حمل له ولا مونة لا تختلف قيمته باختلاف
الاماكن فلم تكن جهالة مكان الايفا فيه مفضية الى المنازعة وفي رواية

يتعين مكان العقد للايفا وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو رواية الجامع
الصغير ورواية البيوع من الاصل ومن مشايخنا من اوّل هذه الرواية
وقال هي معني قوله يوفيه في المكان الذي اسلم فيه اذا لم يتنازعا واذا
تنازعا ياخذ التسليم حيث شا القبض ولو شرط رب السلم التسليم
في بلد او قرية فهو جايز وليس لرب السلم ان يتخير مكانا لان المشروط
هو التسليم في مكان منه مطلقا وقد وجد وان سلم في غير المكان المشروط
فلرب السلم ان يابي لقوله صلي الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فان
اعطاه علي ذلك اجرا لم يجز له اخذ الاجر عليه لانه لما قبض المسلم فيه
فقد تعين ملكه في المقبوض فتبين انه اخذ الاجر علي نقل ملك نفسه فلم
يجز فيرد الاجر وله ان يرد المسلم فيه حتي يسلم في المكان المشروط لان
حقه في التسليم فيه ولم يرض ببطلان حقه في التسليم في المكان المشروط
وهذا بخلاف ما اذا صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له واداره
لا يعود حقه في الشفعة لانه ليس للشفيع حق ثابت في المحل قبل التملك
بالشفعة وانما له حق ان يتملك وهذا ليس بحق ثابت في المحل فلا يحتمل
الاعتياض فبطل حقه في الشفعة باعراضه عن الطلب كما تبطل باسقاطه
صريحا ولرب السلم حق ثابت في التسليم في المكان المشروط فاذا لم
يصح الاعتياض عنه التحق الاعتياض بالعدم وبقي الحق علي ما كان يدل
علي التفرقة بينهما انه لو قال اسقطت حقي من الشفعة يسقط ولو
قال اسقطت حقي من التسليم في ذلك المكان لا يسقط

فصل

واما الذي يرجع الي البدلين جميعا فهو ان لا يجمعهما احد وصفي علة ربا
الفضل وذلك اما الكيل او الوزن واما الجنس لان احد وصفي علة ربا
الفضل هو علة ربا النسا فاذا اجتمع احد هذين الوصفين في البدلين
يتحقق ربا والعقد الذي فيه ربا فاسد وعلي هذا يخرج اسلام المكيل
في المكيل او الموزون في الموزون بجنسهما من الثياب والعدديات
المتقاربة وقد ذكرنا ذلك وتفصيله فيما تقدم في مسايل ربا النسا
والله الموفق

فصل

واما بيان ما يجوز من التصرف في المسلم
فيه وما لا يجوز فنقول وبالله التوفيق لا يجوز استبدال المسلم فيه
قبل قبضه بان ياخذ رب السلم مكانه من غير جنسه لما ذكرنا ان المسلم فيه
وان كان دينا فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض ويجوز الابرا

عنه

[Margin notes:]
فحيث سلم اليه في ذلك الموضع صح
الا بعوض ولم يسلم له فبقي حقه صح
علي عوض انه لا يصح الصلح ويسقط حقه في الشفعة ويرد العوض صح
النسا
والمكيل في الموزون والموزون في المكيل وغير المكيل والموزون صح

عنه لان قبضه ليس بمستحق علي رب السلم فكان هو بالابرا منتصرفا في خالص حقه
بالاسقاط فله ذلك بخلاف الابرا عن راس المال لانه مستحق القبض حقا للشرع
فلا يملك اسقاطه بنفسه بالابرا علي ما ذكرنا وتجوز الحوالة بالمسلم فيه لوجود
ركن الحوالة مع شرايطه وكذا الكفالة به لما قلنا الا ان في الحوالة يبرا المسلم
اليه وفي الكفالة لا يبرا ورب السلم بالخيار ان شا طالب المسلم اليه وان شا
طالب الكفيل لان الحوالة مبرية والكفالة ليست بمبرية الا اذا كانت بشرط
براة المكفول عنه لانها حوالة معني علي ما ذكرنا ولا يجوز لرب السلم ان يستبدل
مع الكفيل كما لا يجوز ذلك مع المسلم اليه لانه كفيل بما علي المسلم اليه لا بدين اخر
اذ الدين واحد وانما تعددت المطالبة بالكفالة وهو الصحيح علي ما مر في
كتاب الكفالة ويجوز للكفيل ان يستبدل مع المسلم اليه عند الرجوع فياخذ
بدل ما ادي الي رب السلم لان الكفالة اذا كانت بامر المكفول عنه كانت
اقراضا واستقراضا كان الكفيل اقرض المسلم اليه واستبدال القرض قبل القبض
جايز ويجوز الرهن بالمسلم فيه لانه دين والرهن بالدين اي دين كان جايز
وتجوز الاقالة في المسلم فيه كما تجوز في بيع العين لقوله صلي الله عليه وسلم من
اقال نادما اقال الله عثراته يوم القيامة مطلقا من غير فصل ولان الاقالة
في بيع العين انما شرعت نظرا للعاقدين دفعا لحاجة الندم واعتراض
الندم في السلم هاهنا اكثر لانه بيع باوكس الاثمان فكان ادعي الي شرع الاقالة
فيه ثم جملة الكلام في الاقالة في السلم انه لا يخلو اما ان تقايلا السلم في كل
المسلم فيه واما ان تقايلا في بعضه دون بعض فان تقايلا في كل المسلم فيه جازت
الاقالة لما قلنا سوا كانت الاقالة بعد حل الاجل او قبله لان نص الاقالة مطلق
لا يفصل بين حال وحال وكذا جواز اعتراض الندم قايم في الحالين وسوا
كان راس المال قايما في يد المسلم اليه او هالكا اما اذا كان قايما فلا شك فيه
وكذا اذا كان هالكا لان راس المال ثمن والمبيع هو المسلم فيه وقيام السلم
ليس بشرط لصحة الاقالة انما الشرط قيام المبيع وقد وجد ثم اذا جازت
الاقالة فان كان راس المال مما يتعين بالتعيين وهو قايم فعلي المسلم اليه
رد عينه الي رب السلم لقوله صلي الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو احق به
وان كان هالكا فان كان مما له مثل فعليه رد مثله وان كان مما لا مثل له فعليه
رد قيمته وان كان راس المال مما لا يتعين بالتعيين فعليه رد مثله هالكا كان
او قايما لانه قبضه عن عقد صحيح وكذلك لو قبض رب السلم المسلم فيه

[Margin notes:]
لـ
حقيقة صح

ثم تقايلا والمقبوض قايم في يده جازت الاقالة وعلي رب السلم رد عين ما قبض
لان المقبوض في يده بعقد السلم كانه عين ما ورد عليه العقد الا ترى
انه يجوز لرب السلم ان يبيع المقبوض مرابحة علي راس المال وان تقايلا
السلم في بعض المسلم فيه فان كان بعد حل الاجل جازت الاقالة فيه بقدره
اذا كان الباقي جزا معلوما من النصف والثلث ونحو ذلك من الاجزا المعلومة
لما ذكرنا ان الاقالة شرعت نظرا وفي اقالة البعض دون البعض هاهنا نظر
من الجانبين لان السلم بيع باخس الاثمان لهذا سماه ابن عباس رضي الله عنهما
حسنا جميلا فقال ذلك المعروف الحسن الجميل والسلم في الباقي الي
اجله عند عامة العلما وقال ابن ابي ليلي ينفسخ العقد في الكل والصحيح
قول العامة لان الاقالة وجدت في البعض لا في الكل فلا يوجب انفساخ العقد
في الكل لان الحكم يثبت بقدر العلة هذا هو الاصل وان كان قبل حل الاجل
ينظر ان لم يشترط في الاقالة تعجيل الباقي من المسلم اليه جازت الاقالة
ايضا والسلم في الباقي الي اجله وان شرط فيها تعجيل الباقي لم يصح الشرط
والاقالة صحيحة اما فساد الشرط فلانه اعتياض عن الاجل وانه لا يجوز
لان الاجل ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه واما صحة الاقالة فلان
الاقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة فبطل الشرط وصحت الاقالة وهذا علي
قياس قول ابي حنيفة ومحمد لان الاقالة عندهما فسخ واما علي قياس قول
ابي يوسف فتبطل الاقالة والسلم علي حاله الي اجله لان الاقالة عنده بيع
جديد والبيع تبطله الشروط الفاسدة والله اعلم ومنها قبض
البدلين في بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف والكلام في الصرف
في الاصل في موضعين احدهما في تفسير الصرف في عرف الشرع والثاني
في بيان شرايطه اما الاول فالصرف في متعارف الشرع اسم لبيع
الاثمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة
واحد الجنسين بالاخر فاحتمل تسمية هذا النوع من البيع صرفا لمعني
الرد والنقل يقال صرفته عن كذا الي كذا فسمي صرفا لاختصاصه برد البدل
فيه ونقله من يد الي يد ويحتمل ان تكون التسمية لمعني الفضل لان الصرف
يذكر بمعني الفضل كما روي في الخبر من فعل كذا لم يقبل الله منه صرفا ولا عدلا
فالصرف الفضل وهو النافلة والعدل الفرض سمي هذا العقد صرفا لطلب
التاجر منه عادة لما لا يرغب في عين الذهب والفضة **فصل** واما

اي من شروط البيع

الصرف

الفضل صح

الشرايط

الشرايط فمنها قبض البدلين قبل الافتراق لقوله صلي الله عليه وسلم في الحديث
المشهور والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد
وروي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال
لا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها علي بعض ولا تبيعوا
منها شيا غايبا بناجز وروي عن عبد الله بن عمر عن ابيه رضي الله عنهما انه
قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا
بمثل ولا تبيعوا الذهب بالورق احدهما غايب والاخر ناجز وان استنظرك
حتي يلج بيته فلا تنظره اني اخاف عليكم الربا اي الربا فدلت هذه النصوص
علي اشتراط قبض البدلين في الصرف قبل الافتراق وتفسير الافتراق هو ان
يتفرق العاقدان بابدانهما عن مجلسهما فياخذ هذا في جهة وهذا في جهة
او يذهب احدهما ويبقي الاخر حتي لو كانا في مجلسهما لم يبرحا عنه لم
يكونا مفترقين وان طال مجلسهما لانعدام التفرق بابدانهما وكذا اذا ناما في
المجلس او اغمي عليهما لما قلنا وكذا اذا قاما عن مجلسهما فذهبا معا في جهة
واحدة وطريق واحد ومشيا ميلا او اكثر ولم يفارق احدهما صاحبه
فليسا بمفترقين لان العبرة لتفرق الابدان ولم يوجد فرق بين هذا وبين
خيار المخيرة انها اذا قامت عن مجلسها او اشتغلت بعمل اخر يخرج الامر عن
يدها لان خيار المخيرة يبطل بالاعراض عما فوض اليها والقيام عن المجلس
او الاشتغال بعمل اخر دليل الاعراض وهاهنا لا عبرة بالاعراض انما العبرة
للافتراق بالابدان ولم يوجد وروي عن محمد رحمه الله انه الحق هذا
بخيار المخيرة حتي لو نام طويلا او وجد ما يدل علي الاعراض يبطل الصرف
كالخيار وروي عن محمد رحمه الله انه الحق هذا في رجل له علي انسان الف درهم
ولذلك الرجل عليه خمسون دينارا فارسل اليه رسولا فقال بعتك الدنانير
التي لي عليك بالدراهم التي لك علي وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد
لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما مفترقان بابدانهما وكذلك لو
نادي احدهما صاحبه من وراء جدار او ناداه من بعيد لم يجز لانهما مفترقان
بابدانهما عند العقد بخلاف البيع المطلق اذا ارسل رسولا الي انسان فقال
بعت عبدي الذي في مكان كذا منك بكذا فقبل ذلك الرجل فالبيع جايز لان التقابض
في البيع المطلق ليس بشرط لصحة العقد فلا يكون الافتراق مفسدا له ثم
المعتبر افتراق المتعاقدين سواء كانا مالكين او نايبين كالاب والوصي والوكيل

لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما
ثم انما يعتبر التفرق بالابدان في موضع يمكن اعتباره فان لم يمكن اعتباره يعتبر
المجلس دون التفرق بالابدان بان قال الاب اشهدوا اني اشتريت هذا
الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل ان يزن العشرة فهو
باطل كذا روي عن محمد رحمه الله لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق
بالابدان فيعتبر المجلس والله اعلم ثم بيع الجنس بالجنس وبخلاف
الجنس كالذهب بالفضة سوا لا يختلفان في حكم القبض لان كل ذلك صرف
فيشترط فيه التقابض وانما يختلفان في جواز التفاضل وعدمه
فلا يجوز التفاضل عند اتحاد الجنس ويجوز عند الاختلاف ولكن يجب
التقابض اتحد الجنس او اختلف لما ذكرنا من الدلايل ولو تصارفا ذهبا
بذهب وفضة بفضة مثلا بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد احدهما صاحبه
شيا وحط عنه شيا وقبله الاخر فسد البيع عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف الزيادة والحط باطلان والعقد الاول صحيح وعند محمد الزيادة
باطلة والحط جايز بمنزلة الهبة المستقبلة واختلافهم في هذه المسئلة
فرع اختلافهم في اصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان الشرط الفاسد المتاخر
عن العقد في الذكر اذا الحق به هل يلتحق به ام لا فمن اصل ابي حنيفة
فيه انه يلتحق باصل العقد والزيادة والحط يلتحقان باصل العقد — م ويفسد العقد صح
على اصل اصحابنا كان العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعا فيتحقق
التفاضل والجنس متحد فيتحقق الربا فكانت الزيادة والحط بمنزلة
شرط فاسد ملحق بالعقد متاخر عنه فيلتحق به ويوجب فساده ومن
اصل ابي يوسف ومحمد ان الشرط الفاسد المتاخر عن العقد لا يلتحق
بالعقد فطرد ابو يوسف هذا الاصل فقال تبطل الزيادة والحط جميعا
ويبقى البيع الاول صحيحا ومحمد فرق بين الزيادة وبين الحط فقال
الزيادة باطلة والحط جايز لان الزيادة لو صحت لالتحقت باصل العقد فيوجب
فساده فبطلت الزيادة وليس من شرط صحة الحط ان يلتحق بالعقد الا ترى
لو حط جميع الثمن صح ولا يلتحق اذ لو التحق لكان البيع واقعا بلا ثمن فيجعل
حطا للحال بمنزلة هبة مستانفة ولو تبايعا الجنس بخلاف الجنس بان
تصارفا دينارا بعشرة دراهم ثم زاد احدهما صاحبه درهما وقبل الاخر او حط
عنه درهما من الدينار جازت الزيادة والحط بالاجماع لان المانع من الجواز

والتحاق

159

والتحاق تحقق الربا واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا الا ان في الزيادة يشترط
قبضها قبل الافتراق حتى لو افترقا قبل القبض بطل البيع في حصة الزيادة لان
الزيادة لما التحقت باصل العقد صار كان العقد ورد على الزيادة والاصل
جميعا الا انه جاز التفاضل لاختلاف الجنس فاذا لم يقبض الزيادة قبل
الافتراق بطل العقد بقدرها واما الحط فجايز سوا كان قبل التفرق او بعده
لان الحط وان كان يلتحق باصل العقد فيودي الى التفاضل لكن التفاضل عند
اختلاف الجنس جايز ولا زيادة هاهنا حتى يشترط قبضها فصح الحط
ووجب عليه رد المحطوط لان الحط لما التحق باصل العقد تبين ان العقد لم
يقع على قدر المحطوط من الابتدا فيجب رده ولو حط مشتري الدينار
قيراطا منه فبايع الدينار يكون شريكا له في الدينار لانه تبين ان
العقد وقع على ما سوى القيراط ولو اشترى سيفا محلى بفضة
وحليته خمسون بماية درهم وتقابضا ثم زاده دينارا في الثمن دفعه
اليه قبل ان يفارقه او بعد ما فارقه يجوز كذا روي عن محمد وتصرف
الزيادة الى النصل والجفن والحمايل لانها تلتحق باصل العقد فصار
كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا ولو كان كذلك لكان الامر على
ما وصفنا كذا هذا بخلاف بيع المرابحة فانه يقسم على جميع الثمن لما
نذكر في مسايل المرابحة ان شا الله تعالى وسوا كان دينا بدين وهو
الدراهم والدنانير او عينا بعين وهو التبر والمصوغ او دينا بعين وهو
الدراهم والدنانير بالتبر والمصوغ لان ما ذكرنا من الدلايل لا يوجب الفصل
بين الدين والعين وسوا كان مفردا او مجموعا مع غيره كما اذا باع ذهبا
وثوبا بفضة مفردة لان الفضة تنقسم على الذهب والثوب فما قابل
الذهب يكون صرفا فيشترط قبضها وما يقابل الثوب يكون بيعا مطلقا
فلا يشترط فيه القبض وكذا اذا باع ذهبا وثوبا بذهب والذهب الثمن
اكثر حتى جاز البيع انه في حصة الذهب يكون صرفا وفي حصة الثوب
م بالفضة صح — يكون بيعا مطلقا وكذا اذا باع سيفا محلى بفضة مفردة او منطقة
مفضضة او لجاما او سرجا او سكينا مفضضة او جارية في عنقها طوق
فضة بفضة مفردة والفضة المفردة اكثر حتى جاز البيع كان
بحصة الفضة صرفا فيراعى فيه شرايط الصرف وبحصة الزيادة التي
هي من خلاف جنسها بيعا مطلقا فلا يشترط له ما يشترط للصرف فان

وجد التقابض وهو القبض من الجانبين قبل التفرق بالابدان يجب الصرف
والبيع جميعا وان لم يوجد او وجد القبض من احد الجانبين دون الاخر بطل
الصرف لوجود الافتراق من غير قبض وهل يبطل البيع المطلق ينظر ان
كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر
كالجارية مع الطوق وغير ذلك فالبيع جايز وفساد الصرف لا يتعدى الى
البيع لانه اذا امكن تخليصها من غير ضرر جاز كانهما شيان منفصلان ولهذا
جاز بيع احدهما دون الاخر ابتدا فلان يبقى جايزا انتهاء اولى لان البقا اسهل
من الابتدا وان كان لا يمكن فصلها وتخليصها الا بضرر بطل البيع ايضا لانه بيع
ما لا يمكن تسليمه الا بضرر وانه لا يجوز ابتدا كبيع الجذع في السقف ونحو
ذلك فكذا في حالة البقا فاذا بطل العقد في قدر الصرف يبطل في البيع ايضا
والله اعلم هذا اذا انعقد العقد على الصحة ثم فسد في قدر الصرف بطريان
المفسد عليه وهو الافتراق من غير تقابض فاما اذا انعقد على الفساد من
الابتدا بان شرطا الخيار او ادخلا الاجل فيه حتى لم يصح الصرف بالاجماع فيه صح
هل يصح البيع المطلق اختلف فيه قال ابو حنيفة رحمه الله لا يصح سوا كان
يتخلص من غير ضرر او لا يتخلص الا بضرر وقال ابو يوسف ومحمد هذا
والاول سوا ان كان يتخلص من غير ضرر يصح وان كان لا يتخلص الا بضرر لا
يصح وكذا اذا اشترى دينارا بعشرة دراهم نسية ثم نقد بعض العشرة
دون بعض في المجلس فسد الصرف في الكل عنده وعندهما يصح في قدر
ما قبض وهذا بنا على اصل مختلف بينهم وهو ان الصفقة اذا اشتملت على
الصحيح والفاسد يتعدى الفساد الى الكل عنده وعندهما لا يتعدى فهما
سويا بين الفساد الطاري والمقارن وابو حنيفة رحمه الله فرق بينهما
ووجه الفرق ما ذكرنا من قبل ان الفساد اذا كان مقارنا يصير قبول
العقد في الفاسد شرط قبول العقد في الاخر وهذا شرط فاسد فيوثر
في الكل ولم يوجد هذا المعنى في الطاري فاقتصر الفساد فيه على قدر
المفسد ثم اذا كانت الفضة المفردة فيه اكثر ولم يوجد فيه شرط
الخيار ولا الاجل حتى جاز العقد ثم نقد قدر الفضة المجموعة من
المفردة دون غيرها وتفرقا عن قبض من الجانبين بان سيفا محلى بماية باع صح
درهم وحليته خمسون فنقد المشتري خمسين فالقدر المنقود من
الفضة المفردة يقع عن الصرف حتى لا يبطل بالافتراق او عن البيع

حتى

حتى يبطل بالافتراق من غير قبض فهذا لا يخلو من خمسة اوجه اما ان ذكر ان
المنقود من ثمن الحلية واما ان ذكر انه من ثمن الجفن والنصل واما ان ذكر
انه من ثمنهما جميعا واما ان ذكر انه من ثمن السيف واما ان سكت ولم يذكر
شيا فان ذكر انه من ثمن الحلية يقع عنها ويجوز الصرف والبيع جميعا وهذا
ظاهر وكذا اذا ذكر انه من ثمنهما فانه يقع عن الحلية ايضا وجاز البيع
والصرف لان قبض الصرف مستحق حقا للشرع وقبض البيع ليس
بمستحق فينصرف الى جهة الاستحقاق ويمكن ايقاع المنقود كله عن
هذه الجهة وان اضافه اليهما لان ذكر شيين على ارادة احدهما جايز
في اللغة قال الله تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان وانما يخرج من
احدهما وهو المالح وكذا اذا لم يذكر شيا يقع عن الصرف لان امور
المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما امكن وذلك فيما قلنا لان
قبض حصة الحلية مستحق فعند الاطلاق ينصرف الى جهة الاستحقاق
وكذا اذا ذكر انه من ثمن السيف يقع عن الحلية لان الحلية تدخل في
اسم السيف وان ذكر انه من ثمن الجفن والنصل ينظر ان امكن تخليص
الفضة من غيرها من غير ضرر يقع عن ثمن المذكور ويبطل الصرف
بالافتراق قبل القبض لانه قصد جواز البيع وصرح بفساد الصرف
واذا امكن تخليصها من غير ضرر امكن القول بجواز البيع مع فساد
الصرف الا ترى انه يجوز بيع السيف بانفراده فيجوز البيع
ويبطل الصرف وان لم يمكن تخليصها الا بضرر فالمنقود يقع
عن ثمن الصرف ويجوز البيع والصرف جميعا لانه قصد جواز
البيع ولا يجوز الا بجواز الصرف لان بيع السيف بدون الحلية لا يجوز
اذا لم يمكن تخليصها من غير ضرر فيجوزان جميعا والله اعلم وكذلك
في السيف المحلى اذا لم يكن من جنس الحلية بان كانت حلية
السيف ذهبا اشتراه مع حليته بفضة مفردة فحكمه وحكم الجنس
سوا في جميع ما وصفنا لانهما في حكم القبض وما يتعلق به لا يختلفان
وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله على الاتفاق والاختلاف والله اعلم
وعلى هذا يخرج الابرا عن بدل الصرف وهبته ممن عليه والتصدق
به عليه انه لا يصح بدون قبوله وان قبل انتقض الصرف وان لم يقبل
لم يصح ويبقى الصرف على حاله لان قبض البدل مستحق والابرا عن

الدين اسقاطه والدين بعد ما سقط لا يتصور قبضه وكان الابرا عن البدل
جعل البدل بحال لا يتصور قبضه فكان في معنى الفسخ فلا يصح الا
بتراضيهما كصريح الفسخ واذا لم يصح بقي عقد الصرف على حاله فيتم
بالتقابض قبل الافتراق بابدانهما ولو ابا الواهب او المبري او المتصدق
ان ياخذ ما ابرا او وهب او تصدق يجبر على القبض لانه بالامتناع عن
القبض يريد فسخ العقد واحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وعلى هذا
يخرج الاستبدال ببدل الصرف انه لا يجوز والصرف على حاله يقبض
البدل قبل الافتراق ويتم العقد لان قبض البدل شرط بقا العقد على
الصحة وبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة لانه يقبض بدله وبدله
غيره وقال زفر ان الاستبدال جايز لان الشرا لا يقع بعين ما في الذمة
لان الدراهم في الذمة لا تحتمل التعيين بلا خلاف فكان مشتريا بمثل ما
في ذمته فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشتري دراهم مثل ما في ذمته
في النوع والصفة فلا يفوت قبض البدل بالاستبدال بل يصير قابضا
بطريق المقاصة فيصح الاستبدال والجواب عنه ان الدراهم والدنانير
وان كانت لا تتعين بالعقد ولكنها تتعين بالقبض وقبضها واجب
والمقاصة يفوت القبض حقيقة فلم تصح المقاصة فبقي الشرا بها اسقاطا
للقبض المستحق حقا للشرع فلا يصح الشرا وبقي الصرف صحيحا موقوفا
بقاوه على الصحة على القبض قبل الافتراق وان اعطاه صاحبه دراهم
اجود او اردى من حقه فرضي به وقبض والمقبوض مما يجري مجرى
الدراهم الواجبة بالعقد في معاملات الناس جاز لان المقبوض من جنسه
اصلا وانما يخالفه في الوصف فاذا رضي به فقد اسقط حقه فكان
استيفا لا استبدالا وتجوز الحوالة ببدل الصرف اذا كان المحتال
عليه حاضرا وكذلك الكفالة وكذلك الرهن به والصرف على حاله
فان قبض من المحتال عليه او من الكفيل او هلك الرهن في يد المرتهن
في المجلس فالصرف ماض على الصحة وان افترق المتصارفان قبل
القبض وهلاك الرهن يبطل الصرف وعند زفر لا تجوز الحوالة والكفالة
ببدل الصرف وقد مرت المسالة في السلم والعبرة لبقا العاقدين في
المجلس وافتراقهما عنه لا لبقا المحال عليه والكفيل وافتراقهما لما ذكرنا
ان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين فيعتبر مجلسهما وكذلك لو وكل

161

كل واحد من المتعاقدين رجلا ان ينقد يعتبر مجلس الموكلين بقا وافتراقا لا
مجلس الوكيل لما قلنا والله اعلم وعلى هذا يخرج المقاصة في ثمن الصرف
اذا وجب الدين بعقد متاخر عن عقد الصرف انه لا يصير قصاصا ببدل
الصرف وان تراضيا بذلك وقد ذكرنا جملة الكلام في ذلك وتفصيله في
السلم وعلى هذا يخرج ما اذا قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه
بمعنى اوجب انتقاضه انه يبطل الصرف وقد مر الكلام فيه جملة وتفصيلا
في السلم ثم قبض بدل الصرف في المجلس كما هو شرط بقا العقد على الصحة
فقبضهما في مجلس الاقالة شرط بقا الاقالة على الصحة ايضا حتى لو تقايلا
الصرف وتقابضا قبل الافتراق مضت الاقالة على الصحة وان افترقا
قبل التقابض بطلت الاقالة اما على اصل ابي يوسف فظاهر لان الاقالة
على اصله بيع جديد فكانت مصارفة مبتداة فلا بد من التقابض في
المجلس وعلى اصلهما ان كانت فسخا في حق المتعاقدين فهي بيع جديد
في حق ثالث واستحقاق القبض حقا للشرع هاهنا فيعتبر بيعا جديدا
في حق هذا الحكم فيشترط فيه التقابض بخلاف السلم فان قبض راس
مال السلم في مجلس الاقالة ليس بشرط لصحة الاقالة وقد ذكرنا وجه
الفرق بينهما فيما تقدم ولو وجد ببدل الصرف عيبا وهو عين كما اذا
اشترى قلب فضة بذهب فرده ثم افترقا قبل قبض الثمن ان رده عليه
بقضا قاض فالرد صحيح على حاله وان كان بغير قضا قاضي فلا ينبغي
ان يفارقه حتى يقبض الثمن لان الفسخ بغير قضا يكون فسخا في حق
الكل ورفعا للعقد من الاصل كانه لم يكن واعاده الى المالك القديم ملكه
كانه لم يزل عن ملكه فلا حاجة الى القبض والرد بغير قضا يكون فسخا
في حق العاقدين بيعا جديدا في حق ثالث وحق الشرع وهو القبض
يعتبر ثالثا فيجعل بيعا جديدا في هذا الحكم واما التقابض في بيع المطعوم بالمطعوم
بجنسه او بخلاف جنسه بان باع قفيز حنطة بقفيز حنطة او بقفيزي شعير
وعينا البدلين بالاشارة اليهما فهل هو شرط اختلف فيه قال اصحابنا رحمهم الله
ليس بشرط وقال الشافعي شرط حتى لو افترقا من غير قبض عندنا يثبت
الملك وعنده لا يثبت ما لم يتقابضا في المجلس احتج بقوله صلى الله عليه وسلم
في الحديث المشهور الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد وبقوله عليه السلام
لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سوا بسوا يدا بيد ولان الافتراق من غير تقابض

ثالث منه

حـ
التقابض في بيع المطعوم
بجنسه وبخلاف جنسه
ليس بشرط عندنا

في بيع المطعوم بجنسه لا يخلوا عن الربا لجواز ان يقبض احد العاقدين دون الاخر
فيتحقق الربا لان للمقبوض فضلا على غير المقبوض فاشبه فضل الحلول على
الاجل وانما يقع التحرز عنه بوجوب التقابض ولهذا صار شرطا في الصرف
كذا هذا ولنا عمومات البيع من نحو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله تعالى واحل الله البيع
وغير ذلك نهى عن الاكل بدون التجارة عن تراض واستثنى التجارة عن تراض
فيدل على اباحة الاكل في التجارة عن تراض من غير شرط القبض وذلك دليل
ثبوت الملك بدون التقابض لان اكل مال الغير ليس بمباح واما الحديث فظاهر
قوله يدا بيد غير معمول به لان اليد بمعنى الجارحة ليس بمراد بالاجماع فلئن حملها
على القبض لانها آلة القبض فنحن نحملها على التعيين لانها آلة التعيين لان
الاشارة باليد فيسقط احتجاجه بالحديث بحمد الله تعالى على ان الحمل على ما قلنا ٣ سبب التعيين وعند التعيين شرط صح
اولى لان فيه توفيقا بين الكتاب والسنة وهكذا نقول في الصرف ان الشرط
هناك هو التعيين لا نفس القبض الا انه قام الدليل عندنا ان الدراهم والدنانير لا
تتعين بالتعيين وانما تتعين بالقبض فشرطنا التقابض للتعيين لا للقبض
وهاهنا التعيين حاصل من غير تقابض فلا يشترط التقابض والله اعلم وقوله
المقبوض خير من غير المقبوض فيتحقق الربا قلنا هذا انما يستقيم ان لو قلنا بوجوب
تسليم احدهما دون الاخر وليس كذلك ومنها ان يكون خاليا عن شرط الخيار
فان شرط فيه الخيار لهما او لاحدهما فسد الصرف لان القبض في هذا العقد شرط
بقايه على الصحة وخيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة القبض
ولو ابطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ثم افترقا عن تقابض ينقلب الى الجواز
عندنا خلافا لزفر ولو لم يبطل حتى افترقا تقرر الفساد وقد ذكرنا جنس هذه
المسايل بدلايلها فيما تقدم ومنها ان يكون خاليا عن الاجل لهما او لاحدهما
فان شرطاه لهما او لاحدهما فسد الصرف لان قبض البدلين مستحق قبل الافتراق
والاجل يعدم القبض فيفسد العقد فان ابطل صاحب الاجل اجله قبل الافتراق
ونقد ما عليه ثم افترقا عن تقابض ينقلب جايزا عندنا خلافا لزفر وهاتان
الشريطتان على الحقيقة فرعان لشريطة القبض لان احدهما يوثر في نفس
القبض والاخرى في صحته على ما بينا واما خيار العيب وخيار الروية فيثبتان
في هذا العقد لانهما لا يمنعان حكم العقد فلا يمنعان صحة القبض الا ان خيار الروية
يثبت في العين وهو التبر والنقرة والمصوغ ولا يثبت في الدين وهو الدراهم والدنانير

المضروبة

المضروبة لانه لا فايدة في الرد اذ العقد لا ينفسخ بالرد لانه ما ورد على عين المردود
وقيام العقد يقتضي ولاية المطالبة بمثله فاذا قبض يرده فيطالبه باخر هكذا
الى ما لا يتناهى وكذا خيار الروية لانه لا يثبت في ساير الديون في ساير العقود
لما قلنا بخلاف ما اذا كان ثمن الصرف عينا لان هناك ينفسخ العقد بالرد فلا يملك
المطالبة بعين اخرى فكان الرد مفيدا والله اعلم واما خيار العيب فيثبت في
الوجهين جميعا لان السلامة عن العيب مطلوبة عادة ففواتها يوجب الخيار كما
في ساير البياعات الا ان بدل الصرف اذا كان عينا فرده بالعيب ينفسخ العقد
سوا رده في المجلس او بعد الافتراق ويرجع على البايع بما نقد وان كان دينا
بان وجد الدراهم المقبوضة زيوفا او كاسدة او وجدها رايجة في بعض
التجارات دون بعض وذلك عيب عند التجار فردها في المجلس لا ينفسخ العقد
بالرد حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف وان ردها بعد الافتراق بطل
الصرف عند ابي حنيفة وزفر لحصول الافتراق لا عن قبض وعند ابي يوسف
ومحمد لا يبطل اذا استبدل في مجلس الرد على ما ذكرنا في السلم وخيار
زة المستحق لا يبطل الصرف ايضا لانه لا يمنع صحة القبض على تقدير الاجا
واحتمال الاجازة قايم فلا يبطل العقد المنعقد ظاهرا بالشك ثم اذا استحق
احد بدلي الصرف بعد الافتراق فان اجاز المستحق والبدل قايم او ضمن
الناقد وهو هالك جاز الصرف لانه اذا كان قايما كان محلا للاجازة والاجازة
اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة واذا كان هالكا وضمن الناقد فقد ملكه
الناقد المضمون بالضمان فتبين انه سلم ملك نفسه وان استرده وهو قايم
او ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف لانه نقض قبضه وتبين انه لم
اي من شروط البيع يصح بخلاف الاول لانه سلم له القبض فجاز الصرف والله اعلم ومنها
ان يكون الثمن الاول معلوما في بيع المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة
المرابحة والتوليه والاشراك والوضيعه والاصل في هذه العقود عمومات البيع من غير فصل بين بيع وبيع وقال الله
تعالى وابتغوا من فضل الله وقال ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم
والمرابحة ابتغاء الفضل من البيع نصا وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما
اراد الهجرة اشترى ابو بكر الصديق رضي الله عنه بعيرين فقال له رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال ابو بكر رضي الله عنه هو لك بغير شي
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما بغير ثمن فلا فدل طلب التولية على جوازها
اشترى بلالا صح ٢ وروي ان ابا بكر رضي الله عنه فاعتقه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الشركة

بلغ

يا بابكر فقال يا رسول الله قد اعتقته فلو لم تكن الشركة مشروعة لم يكن يطلبها
عليه السلام وكذا الناس يتوارثوا هذه البياعات في ساير الاعصار من غير انكار
وذلك اجماع علي جوازها ثم الكلام في المرابحة في مواضع في تفسير بيع المرابحة
وفي بيان شرايطه وفي بيان راس المال انه ما هو وفي بيان ما يلحق براس
المال وما لا يلحق به وفي بيان ما يجب بيانه عند المرابحة مما ترك بيانه
يكون خيانة وما لا يجب بيانه وترك بيانه لا يكون خيانة وفي بيان حكم
الخيانة اذا ظهرت اما تفسيره فقد ذكرناه في اول الكتاب وهو انه بيع
بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح واما شرايطه فمنها ما ذكرنا وهو ان يكون
الثمن الاول معلوما للمشتري الثاني لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح
والعلم بالثمن الاول شرط صحة البياعات كلها لما ذكرنا فيما تقدم فان لم يكن
معلوما له فالبيع فاسد الي ان يعلم في المجلس فيختار ان شا فيجوز وان شا
او يترك فيبطل اما الفساد فلجهالة الثمن لان الثمن للحال مجهول واما للحال م
الخيار فللخلل في الرضا لان الانسان قد يرضي بشرا شي بثمن يسير ولا يرضي بشرايه
بثمن كثير فلا يتكامل الرضا الا بعد معرفة مقدار الثمن فاذا لم يعرف اختل
رضاه واختلال الرضا يوجب الخيار ولو لم يعلم حتي افترقا عن المجلس بطل العقد
لتقرر الفساد وقد ذكرنا اختلاف عبارات الرواية عن اصحابنا عن هذا النوع من
البيع كبيع الشي برقمه ونحو ذلك في بعضها انه فاسد وفي بعضها انه موقوف
اي موقوف علي الاجازة والاختيار اذا علم وكذلك التوليه والاشراك والوضيعة
في اعتبار هذا الشرط والمرابحة سوا لان التوليه بيع بمثل الاول فلا بد وان يكون الثمن صح م
الثمن الاول معلوما والاشراك تولية لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن والعلم
بالثمن كله شرط صحة البيع والوضيعة بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شي
معلوم منه فلا بد وان يكون الثمن الاول معلوما ليعلم قدر النقصان منه وعلي
هذا يخرج ما اشتري رجلان جملة مما له مثل ثم اقتسماها ثم اراد كل واحد اذا م
منهما ان يبيع حصته مرابحة انه يجوز لان القسمة وان كانت لا تخلوا عن
معني المبادلة حقيقة لكن معني المبادلة في قسمة المتماثلات ساقط شرعا
بل يعد القسمة القسمة فيها تمييزا للنصيب وافرازا محضا واذا كان كذلك فما
يصل الي كل واحد منهما كانه عين ما كان له قبل القسمة وكان يجوز له ان يبيع
نصيبه مرابحة قبل القسمة كذا بعدها واذا اشتريا جملة مما لا مثل له فاقتسماها
لا يجوز لاحدهما ان يبيع حصته مرابحة لان معني المبادلة في قسمة هذا النوع

معتبرة

163

كما اذا اشترى عرضا بعرض ثم اراد ان يبيعه مرابحة م
وطول واحد صح م

معتبر اذ الاصل اعتبار الحقيقة وكان ما يصيب كل واحد منهما بالقسمة
نصفه ملكه ونصفه بدل ملكه كانه اشتراه به فلا يجوز بيعه مرابحة
والله اعلم ولو اسلم عشرة دراهم في ثوبين متفقين من جنس واحد
ونوع واحد وصفة واحدة حتي جاز السلم بالاجماع ولم يبين حصة
كل واحد منهما من راس المال فحل الاجل له ان يبيعهما جميعا مرابحة
علي العشرة بلا خلاف وان باع احدهما مرابحة علي خمسة لم يجز عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز ولو كان بين حصة كل واحد
من الثوبين من راس المال جاز ان يبيع احدهما مرابحة علي خمسة بالاجماع
وجه قولهما ان المقبوض هو المسلم فيه والملك في المسلم فيه يثبت
بعقد السلم وعقد السلم اوجب انقسام الثمن وهو راس المال علي الثوبين
المقبوضين علي السوا لاتفاقهما في الجنس والنوع والصفة والقدر فكانت
حصة كل واحد منهما معلوما فتجوز المرابحة عليهما كما اذا اسلم عشرة
دراهم في كري حنطة فحل السلم وقبضهما ثم باع احدهما مرابحة
ولابي حنيفة رحمه الله ان المقبوض ليس عين المسلم فيه لان المسلم فيه دين
حقيقة وقبض الدين لا يتصور فلم يكن المقبوض مملوكا بعقد السلم
بل بالقبض وكان القبض بمنزلة انشا العقد كانه اشتراهما جميعا ابتدا
ولم يبين حصة كل واحد منهما ثم اراد ان يبيع احدهما مرابحة وذلك لا
يجوز فيما لا مثل له ويجوز فيما له مثل علي ما ذكرنا كذا هذا ومنها ان
يكون الربح معلوما لانه بعض الثمن والعلم بالثمن شرط صحة البياعات
ومنها ان يكون راس المال من ذوات الامثال هو شرط جواز المرابحة
علي الاطلاق وكذلك التولية وبيان ذلك ان راس المال لا يخلوا اما
ان يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة واما
ان يكون مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فان كان
مما له مثل يجوز بيعه مرابحة علي الثمن الاول وتولية مطلقا سوا باعه
من بايعه او من غيره وسوا جعل الربح من جنس راس المال في المرابحة
او من خلاف جنسه بعد ان كان الثمن الاول معلوما والربح معلوما
وان كان مما لا مثل له من العروض لا يجوز بيعه مرابحة ولا تولية ممن
ليس ذلك العرض في ملكه لان المرابحة بيع بمثل الثمن الاول وكذا التولية
فاذا لم يكن للثمن الاول مثل من جنسه فاما ان يقع البيع علي عين ذلك العوض

أن

واما بيع على قيمته وعينه ليس في ملكه وقيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن
لاختلاف اهل التقويم فيها ويجوز بيعه تولية ممن العرض في ملكه ويده
واما بيعه مرابحة ممن العرض في ملكه ويده فينظر ان جعل الربح شيا مفردا
عن راس المال معلوما كدراهم وثوب معين ونحو ذلك جاز لان الثمن
الاول معلوم والربح معلوم وان جعل الربح جزا من راس المال بان قال ابيعك
بالثمن الاول بربح ده يازده لا يجوز لانه جعل الربح جزا من العرض والعرض
ليس بمتماثل الاجزا وانما يعرف ذلك بالتقويم والقيمة مجهولة لان معرفتها
بالحزر والظن واما بيعه مواضعة ممن ممن العرض في يده وملكه
فالجواب فيها على العكس من المرابحة وهو انه ان جعل الوضيعة شيا مفردا
عن راس المال معلوما ومنها ان لا يكون الثمن في العقد الاول مقابلا بجنسه
من اموال الربا بان اشترى المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل لم يجز
له ان يبيعه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة والزيادة في
اموال الربا تكون ربا لا ربحا وكذا لا يجوز بيعه مواضعة لما قلنا وله
ان يبيعه تولية لان المانع هو تحقق الربا ولم يوجد في التولية ولانه بيع
بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وكذا الاشراك لانه تولية لكن
ببعض الثمن واما عند اختلاف الجنس فلا باس بالمرابحة حتى لو اشترى
دينارا بعشرة دراهم فباعه بربح درهم او ثوب بعينه جاز لان المرابحة
بيع بالثمن الاول وزيادة ولو باع دينارا باحد عشر درهما او بعشرة دراهم
وثوب كان جايزا لذا هذا ولو باع الدينار بربح ذهب بان قال بعتك
هذا الدينار الذي اشتريته بربح قيراطين لم يجز عند ابي يوسف
وعند محمد جاز وجه قوله ان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة كانه
باع دينارا بعشرة دراهم وقيراطين وذلك جايز وطريق جوازه ان تكون
القيراطان بمثلهما من الدينار والعشرة ببقية الدينار كذا هذا ولابي يوسف
ان في تجويز هذا تغيير المرابحة لان المتصارفين جعلا العشرة راس المال
والدراهم ربحا فلو جوزنا على ما قاله محمد لصار القيراطان راس مال
وبعض العشرة ربحا وفيه تغيير المقابلة واخراجها عن كونها مرابحة
فلا يصح ولو اشترى سيفا محلى بفضة وحليته خمسون بمائة درهم
ثم باعه مرابحة بربح درهم او بربح دينار او ربح ثوب بعينه لا يجوز لان
المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة ربح والربح ينقسم على كل الثمن لانه جعل

م معلوما كدراهم ونحوه لا يجوز لانه يحتاج الى وضع ذلك القدر عن راس المال وهو مجهول وان جعلها من جنس راس المال بان باعه بوضيعة ده يازده جاز البيع بعشرة اجزاء من احد عشر جزءا من راس المال لان الموضوع جزء شايع من راس المال معلوم صح

ط فان كان صح

ربح

ربح كل الثمن فلا بد وان ينقسم على كله ليكون مرابحة على كل الثمن ومتى انقسم
على الكل كان للحلية حصة من الربح لا محالة فيتحقق الربا فلا يصح
العقد والله اعلم ومنها ان يكون العقد الاول صحيحا فان كان فاسدا لم يجز
بيع المرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والبيع الفاسد
وان كان يفيد الملك في الجملة لكن بقيمة المبيع او بمثله لا بالثمن لفساد
التسمية والله اعلم **فصل** واما بيان راس المال فراس المال ما لزم
المشتري بالعقد لا ما نقده بعد العقد لان المرابحة بيع بالثمن الاول
والثمن الاول هو ما وجب بالبيع فاما ما نقده بعد البيع فذلك وجب
بعقد اخر وهو الاستبدال فياخذ من المشتري الثاني الواجب بالعقد
لا المنقود بعده وكذلك التولية وبيان هذا الاصل اذا اشترى ثوبا بعشرة
دراهم ونقد مكانها دينارا او ثوبا فراس المال هو العشرة لا الدينار والثوب
لان العشرة هي التي وجبت بالعقد وانما الدينار او الثوب بدل الثمن
الواجب وكذلك لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جياد ونقد مكانها الزيوف
وتجوز بها البايع الاول فعلى المشتري نقد الجياد لما قلنا ولو اشترى
ثوبا بعشرة هي خلاف نقد البلد ثم باعه مرابحة فان ذكر الربح مطلقا
بان قال ابيعك بالثمن الاول وربح درهم كان على المشتري الثاني عشرة
من جنس ما نقد والربح من دراهم نقد البلد لان المرابحة بيع بالثمن
الاول والثمن الاول هو الواجب بالعقد الاول وهو عشرة هي خلاف
نقد البلد فيجب بالعقد الثاني مثلها والربح من نقد البلد لانه اطلق
الربح وما اضافه الى راس المال والمطلق ينصرف الى المتعارف وهو
نقد البلد وان اضاف الربح الى العشرة بان قال ابيعك بربح العشرة
او ربح ده يازده فالعشرة والربح من جنس الثمن الاول اما اذا قال
ربح العشرة فلانه اضاف الربح الى تلك العشرة اذا كان من جنسها
واما اذا قال بربح ده يازده فلانه جعل الربح جزا من العشرة فكان
من جنسها ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا زاد المشتري البايع الاول
في الثمن وقبل انه يبيعه مرابحة وتولية على الاصل والزيادة جميعا
لان الزيادة تلتحق باصل العقد فيصير في التقدير كان العقد على الاصل
والزيادة جميعا فكان الاصل مع الزيادة راس المال لوجوبهما بالعقد تقديرا
فيبيعه مرابحة عليهما وكذا لو حط البايع الاول عن المشتري بعض الثمن

م الاول صح

الباقي م

فانه يبيعه مرابحة على الباقي بعد الحط لان الحط ايضا يلتحق باصل العقد فكان الباقي بعد الحط راس المال وهو الثمن الاول فيبيعه مرابحة عليه ولو حط البايع الاول عن المشتري بعد ما باعه المشتري حط المشتري الاول ذلك القدر عن المشتري الثاني مع حصته من الربح لما ذكرنا ان الحط يلتحق باصل العقد فيصير راس المال وهو الثمن الاول ما ورا قدر المحطوط فيحط المشتري الاول عن المشتري الثاني ذلك القدر ويحط حصته من الربح ايضا لان قدر الربح ينقسم على جميع الثمن فاذا حط شي من ذلك الثمن لا بد من حط حصته من الربح بخلاف ما اذا باع مساومة ثم حط عن المشتري الاول شي من الثمن انه لا يحط ذلك عن المشتري الثاني لان الثمن الاول لا اصل في بيع المرابحة ولا عبرة به في بيع المساومة الا ترى انه لو اشترى عبدين قيمتهما سوا احدهما بالف والاخر بخمس مائة ثم باعهما مساومة انقسم الثمن عليهما على القيمة نصفين ولو باعهما مرابحة او تولية انقسم الثمن عليهما على قدر الثمن الاول اثلاثا لا على قدر القيمة دل ان الاول اصل في بيع المرابحة ولا عبرة به في بيع المساومة فالحط عن الثمن الاول في بيع المرابحة يوجب الحط عن الثمن الثاني ولا يوجب في المساومة وهذا الذي ذكرنا على اصل اصحابنا الثلاثة رحمهم الله لان الزيادة على الثمن تلتحق باصل العقد وكذلك الحط عنه ويصير كان العقد في الابتدا وقع على هذا القدر فاما على اصل زفر والشافعي فالزيادة والحط كل واحد منهما لا يصح زيادة في الثمن وحطا عنه وانما يصح هبة مبتداة والمسلة تاتي في موضعها ان شا الله تعالى

فصل وامابيان ما يلحق براس المال وما لا يلحق به فنقول لا باس بان يلحق براس المال اجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسايق الغنم والكرا ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف وعلف البهايم ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف والعادة لان العادة فيما بين التجار انهم يلحقون هذه المون براس المال ويعدونها منه وعرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة قال النبي صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن الا انه لا يقول عند البيع اشتريته بكذا ولكن يقول قام علي بكذا لان الاول كذب والثاني صدق واما اجرة الراعي والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الابق والفدا عن الجناية وما انفق على نفسه وعلى الرقيق

الدواب م

165

الواجب بالعقد م

من تعليم صناعة او قران او شعر فلا يلحق براس المال ويباع مرابحة وتولية على الثمن الاول لا غير لان العادة ما جرت من التجار بالحاق هذه المون براس المال وقال النبي صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح وكذا المضارب ما انفق على الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف يلحق براس المال بجريان العادة بذلك وما انفق على نفسه في سفره لا يلحق به لانه لا عادة فيه والتعويل في هذا الباب على العادة والله اعلم

فصل واما بيان ما يجب بيانه في المرابحة وما لا يجب فالاصل فيه ان بيع المرابحة والتولية بيع امانة لان المشتري ايتمن البايع في اخباره عن الثمن الاول من غير بينة ولا استحلاف فيجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة لان التحرز عن ذلك كله واجب ما امكن قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا اماناتكم وانتم تعلمون وقال صلى الله عليه وسلم ليس منا من غشنا وقال عليه السلام لوابصة بن معبد رضي الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما امور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وروي عنه صلى الله عليه وسلم الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه وقال النبي صلى الله عليه وسلم من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يقفن مواقف التهم والاحتراز عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والتهمة انما يحصل ببيان ما يجب بيانه فلا بد من بيان ما يجب بيانه وما لا يجب فنقول وبالله التوفيق اذا حدث بالسلعة عيب في يد البايع او في يد المشتري فاراد ان يبيعها مرابحة ينظر ان حدث بافة سماوية له ان يبيعه مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا وقال زفر والشافعي لا يبيعه مرابحة حتى يبين وان حدث بفعله او بفعل اجنبي لم يبعه مرابحة حتى يبين بالاجماع وجه قولهما ان البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة لان المشتري لو علم ان العيب حدث في يد المشتري لكان لا يربحه فيه ولانه لما باعه بعد حدوث العيب فيه فقد احتبس عنده جزا منه فلا يملك بيع الباقي من غير بيان كما لو احتبس بفعله او بفعل اجنبي ولنا ان الفايت جز لا يقابله ثمن بدليل انه لو فات بعد العقد قبل القبض لا يسقط بحصته شي من الثمن فكان بيانه والسكوت عنه بمنزلة واحدة وما يقابله الثمن قايم بالكليه فله ان يبيعه مرابحة من

غير بيان لانه يكون بايعا ما بقي بجميع الثمن بخلاف ما اذا فات بفعله او بفعل
اجنبي لان الفايت صار مقصودا بالفعل وصار يقابله الثمن فقد حبس
المشتري جزا يقابله الثمن فلا يملك بيع الباقي مرابحة الا ببيان والله اعلم
ولو حدث في المبيع زيادة كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر لم يبعه
مرابحة حتى يبين لان الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى يمنع
الرد بالعيب وان لم يكن لها حصة من الثمن للحال فهذا حبس بعض المبيع
وباع الباقي فلا يجوز من غير بيان وكذلك لو هلك بفعله او بفعل
اجنبي ووجب الارش لانه صار مبيعا مقصودا يقابله الثمن ثم المبيع
تبعا لم يبعه مرابحة من غير بيان فالمبيع مقصودا اولى ولو هلك بافة
سماوية له ان يبيعه مرابحة من غير بيان لانه لو هلك طرف من اطرافه بافة
سماوية باعه مرابحة من غير بيان على ما مر فالولد اولى لانه ملحق
بالطرف ولو استغل الولد او الارض جاز له ان يبيعه مرابحة من غير
بيان لان الزيادة التي ليست بمتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالاجماع
ولهذا لا يمنع الرد بالعيب فلم يكن ببيع الدار او الارض حابسا جزءا من المبيع
فكان له ان يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو كان المشتري جارية
ثيبا فوطيها جاز له ان يبيعها مرابحة من غير بيان وكذلك لان الوطي
استيفا المنفعة حقيقة والمنفعة ليست بجزء لها حقيقة فاستيفاوها
لا يوجب نقصانا في الذات الا انه الحق بالجزء عند عدم الملك اظهارا لخطر
الابضاع ولا حاجة الى ذلك في الملك فبقيت منفعة حقيقة ووطي الثيب
انما منع الرد بالعيب عندنا لا لانه اتلاف الجزء والعين بل لمعنى اخر نذكره
في موضعه ولو كانت الجارية بكرا فافتضها المشتري لم يبعها مرابحة
حتى يبين لان الافتضاض ازالة العذرة وهي جزء منها فكان اتلافا لجزءها
فاشبه اتلاف ساير الاجزا ولو اتلف منها جزءا اخر كان له ان لا يبيعها مرابحة
الا ببيان كذا هذا ولو اشترى شيا نسيئة لم يبعه مرابحة حتى يبين لان
للاجل شبهة المبيع وان لم يكن مبيعا حقيقة لانه مرغوب فيه الا ترى ان
الثمن قد يزاد لمكان الاجل فكان له شبهة ان يقابله شي من الثمن فيصير
كانه اشترى شيين ثم باع احدهما مرابحة على ثمن الكل لان الشبهة
ملحقة بالحقيقة في هذا الباب فيجب التحرز عنها بالبيان ولو اشترى
من انسان شيا بدين له عليه له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اخذ

شيا

شيا صلحا عن دين له على انسان لا يبيعه مرابحة حتى يبين ووجه الفرق
ان مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون الحق فلا بد من البيان
ليعلم المشتري انه سامح ام لا فيقع التحرز عن التهمة ومبنى الشرا على
المضايقة والمماكسة فلا حاجة الى البيان وفرق اخر ان الشرا لا يتصور
الخيانة لان الشرا لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله وهو ان يجب على المشتري
مثل ما في ذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفايدة والدليل على انه كذلك
انه لو اشترى ثم تصادقا على انه لم يكن عليه دين لا يبطل الشرا ولو وقع
الشرا بذلك الدين بعينه لبطل الشرا واذا لم يقع الشرا بذلك الدين بعينه
لا تتقدر الخيانة كما اذا اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم ابتدا بخلاف الصلح
فانه يقع بما في الذمة على البدل المذكور الا ترى انهما لو تصادقا بعد عقد
الصلح على انه لم يكن عليه دين يبطل الصلح فاحتمل تهمة المسامحة
والتجوز بدون الحق فوجب التحرز عن ذلك بالبيان ولو اشترى ثوبا
بعشرة ورقمه باثني عشر فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز
اذا كان الربح معلوما والرقم معلوما ولا يكون خيانة لانه صادق لكن لا
يقول اشتريته بكذا لانه يكون كاذبا فيه وروي عن ابي يوسف ان
المشتري اذا كان لا يعلم عادة التجار ويعتقد ان الرقم هو الثمن لم
يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان وكذلك لو ورث مالا فرقمه ثم
باعه مرابحة على رقمه يجوز لما قلنا ولو اشترى شيا ثم باعه وربح ثم
اشتراه فاراد ان يبيعه مرابحة فانه يطرح كل ربح كان قبل ذلك
فيبيعه مرابحة على ما بقي من راس المال بعد الطرح فان لم يبق منه
شي بان استغرق الربح الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة
واما عند ابي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير من غير
بيان ولا عبرة بالعقود المتقدمة ربح فيها او خسر وبيان ذلك اذا
اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه
يبيعه مرابحة على خمسة عنده وعندهما على عشرة ولو باعه
بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة اشتراه صح
على عشرة وجه قولهما ان العقود المتقدمة لا عبرة بها لانها ذهبت
وتلاشت بنفسها وحكمها فاما العقد الاخير فحكمه قايم وهو الملك
فكان هذا المعتبر فيبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولابي حنيفة رحمه الله

ان الشرا الاخير كما اوجب ملك الثوب فقد اكد الربح وهو خمسة لانه
كان يحتمل البطلان بالرد بالعيب او بغيره من اسباب الفسخ فاذا
اشتري فقد خرج عن احتمال البطلان فتاكد وللتاكيد شبهة الاثبات
وكان مشتريا للثوب وخمسة الربح بعشرة من وجه وكان فيه
شبهة انه اشتري شيين ثم باع احدهما مرابحة علي ثمن الكل وذا
لا يجوز من غير بيان لان الشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة الا تري
لو اشتري ثوبا بعشرة نسية ثم اراد ان يبيعه مرابحة علي عشرة نقد
لم يبيعه مرابحة من غير بيان احترازا عن الشبهة لان للاجل شبهة
ان يقابله الثمن علي ما مر فوجب التحرز عنه بالبيان كذا هذا فاذا
باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة صار كانه اشتري ثوبا وعشرة بعشرين
فتكون العشرة بالعشرة ويبقي الثوب خاليا عن العوض في عقد المعاوضة
فتمكن فيه شبهة الربا فلم يبيعه مرابحة والله اعلم ولو اشتري
ممن لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة
لم يجز له ان يبيعه مرابحة حتي يبين عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد له ذلك من غير بيان ولو اشتري من مكاتبه
او عبده الماذون وعليه دين او لا دين عليه لم يبيعه مرابحة من غير
بيان م وجه قولهما انه لا خلل في الشرا الاول لان ملك كل واحد منهما — م بالاجماع صح
ممتاز عن ملك صاحبه منفصل عنه فصح الشرا الاول فلا يجب البيان
كما اذا اشتري من الاجنبي ولابي حنيفة رحمه الله ان تهمة المسامحة
في الشرا الاول قايم لان الناس في العادات لا يماكسون في الشرا من
هولا فكانت التهمة وهي الشرا بزيادة الثمن قايمة فلا بد من البيان
كما في المكاتب والماذون ولان للشرا من هولا شبهة عدم الصحة لان
كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ولهذا لا تقبل شهادة احدهما
لصاحبه لكونها شهادة لنفسه من وجه فكان ملك كل واحد منهما
بعد البيع والشرا قايما معني فكان لهذا الشرا شبهة عدم الصحة
والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فتوثر في المرابحة كما في المكاتب
والعبد الماذون ولو اشتري سلعة من رجل بالف درهم ثم اشتري
منه من لا تقبل شهادته له بالف وخمسماية فانه يبيعه مرابحة
علي اقل الثمنين وذلك الف ولا يبيعه مرابحة علي الف وخمسماية

الا ببيان ذلك عند ابي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة علي الف وخمسماية
من غير بيان لما ذكرنا واجمعوا علي انه لو اشتري عبدا بخمسماية فباعه
من المكاتب المديون او لا دين عليه بالف انه لا يبيعه مرابحة علي اكثر
الثمنين وكذا لو اشتري المكاتب او الماذون عبدا بخمسماية فباعه
من المولي بالف لما قلنا ولو اشتري من مضاربه او اشتري مضاربه منه
فانه يبيعه مرابحة علي اقل الثمنين وحصة المضارب من الربح لو كان
فيه ربح وان لم يكن فيه ربح يبيعه مرابحة علي اقل الثمنين بيان
ذلك اذا دفع الفا مضاربة فاشتري رب المال عبدا بخمسماية
فباعه من المضارب بالف فان المضارب يبيعه مرابحة علي خمسماية
لان جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ليس
بمقطوع به بل هو محل الاجتهاد فان عند زفر لا يجوز وهو القياس لانه
بيع ماله بنفسه م والشرا من الانسان بماله ط الا انا استحسنا الجواز بالاجتهاد — ط ب لا يجوز م علي نفسه صح
مع احتمال الخطا فكانت شبهة عدم الجواز قايمة فيلتحق بالحقيقة في
المنع من المرابحة من غير بيان ولانه يحتمل ان رب المال باعه من
المضارب باكثر من قيمته لكن ساهله المضارب لانه ما اشتراه بمال
نفسه بل هو بمال رب المال فتمكنت التهمة في هذا البيع فلا يبيعه
مرابحة باوفر الثمنين الا ببيان ولو اشتري المضارب عبدا بالف
فباعه من رب المال بالف ومايتين فان رب المال يبيعه مرابحة
علي الف وماية ان كانت المضاربة بالنصف لان المايتين ربح وهو
بينهما الا ان رب م حصة المال فيها شبهة وتهمة علي ما ذكرنا فيطرح
ذلك القدر من بيع المرابحة واما حصة المضاربة فلا شبهة فيها
ولا تهمة اذ لا حق فيها لرب المال فيبيعه مرابحة علي الف وماية ولو
اشتري رب المال بخمسماية فباعه من رب المال بماية باعه رب — م عبدا بالف فباعه من المضارب بماية باعه المضارب مرابحة علي ماية وكذلك لو اشتري المضارب بالف م
المال مرابحة علي ماية وهي اقل الثمنين لانه لا تهمة في الاقل وفي
الاكثر تهمة علي ما بينا ولو اشتري رب المال بخمسماية فباعه من
المضارب بالف وماية باعه المضارب مرابحة علي خمسماية وخمسين
لان الخمسماية اقل الثمنين والخمسون قدر حصة المضارب من الربح
فتنضم الي الخمسماية والله اعلم **فصل** واما حكم الخيانة اذا ظهرت
فنقول وبالله التوفيق اذا ظهرت الخيانة في المرابحة لا يخلو اما ان ظهرت

وصفة الثمن واما ان ظهرت في قدره فان ظهرت في صفة الثمن بان اشترى
شيا نسية ثم باعه مرابحة على الثمن الاول ولم يبين انه اشتراه نسية
او باعه تولية ولم يبين ثم علم المشتري فله الخيار بالاجماع ان شا
اخذ وان شا رده لان المرابحة عقد بني على الامانة لان المشتري اعتمد
البايع وايتمنه في الخبر عن الثمن الاول فكانت الامانة مطلوبة في هذا
العقد فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة ففواتها يوجب
الخيار كفوات السلامة عن العيب وكذلك لو صالح من دين له على انسان
على عبد ثم باعه مرابحة على الف ولم يبين المشتري انه كان بدل الصلح
فله الخيار لما قلنا وان ظهرت الخيانة في قدر الثمن في المرابحة والتولية
بان قال اشتريت بعشرة وبعتك بربح ده يازده او قال اشتريت
بعشرة ووليتك بما توليت ثم تبين انه كان اشترى بتسعة فقد اختلف
في حكمه قال ابو حنيفة رحمه الله المشتري بالخيار في المرابحة ان شا اخذ
بجميع الثمن وان شا ترك وفي التولية لا خيار له لكن يحط قدر الخيانة
ويلزم العقد بالثمن الباقي وقال ابو يوسف لا خيار له ولكن يحط قدر
الخيانة فيهما جميعا وذلك درهم في التولية وفي المرابحة درهم وحصته
من الربح وهو جزء من عشرة اجزا من درهم وقال محمد له الخيار فيهما جميعا
ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا رده على البايع وجه قول محمد ان
المشتري لم يرض بلزوم العقد الا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه
ويثبت له الخيار لفوات السلامة عن الخيانة كما يثبت الخيار لفوات السلامة
عن العيب اذا وجد المبيع معيبا وجه قول ابي يوسف ان الثمن الاول
اصل في بيع المرابحة والتولية فاذا ظهرت الخيانة تبين ان تسمية قدر
الخيانة لم تصح فلغت تسميته وبقي العقد لازما بالثمن الباقي ولابي حنيفة
رحمه الله الفرق بين المرابحة والتولية وهو ان الخيانة في المرابحة لا توجب
خروج العقد عن كونه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة
ربح وهذا قايم بعد الخيانة لان بعض الثمن راس ماله وبعضه ربح فلم
يخرج العقد عن كونه مرابحة وانما اوجبت تغيرا في قدر الثمن وهذا
يوجب خللا في الرضا فيثبت الخيار كما اذا ظهرت الخيانة في صفة
الثمن بان ظهر ان الثمن كان نسية ونحو ذلك على ما ذكرنا بخلاف التولية
لان الخيانة فيها تخرج العقد عن كونه تولية لان التولية بيع بالثمن

الاول

الاول من غير زيادة ولا نقصان وقد ظهر النقصان في الثمن الاول فلو اثبتنا
الخيار لاخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة وهذا انشا عقد اخر
لم يتراضيا عليه وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة والزمنا العقد بالثمن
الباقي والله اعلم هذا اذا كان المبيع عند ظهور الخيانة بمحل الفسخ فاما
اذا لم يكن بان هلك او حدث به ما يمنع الفسخ بطل خياره ولزمه جميع
الثمن لانه اذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن في ثبوت الخيار فايدة فيسقط
كما في خيار الشرط وخيار الروية

فصل

الاشراك

واما الاشراك فحكمه
حكم التولية لانه تولية حقيقة لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن
وقد ذكرنا ما يتعلق بالتولية من الشرايط والاحكام والذي يختص بالاشراك
بيان القدر الذي تثبت فيه الشركة فنقول وبالله التوفيق المشترى لا
يخلو اما ان يكون لواحد واما ان يكون لاثنين او اكثر فان كان لواحد
فاشرك فيه غيره لا يخلو اما ان اشركه في قدر معلوم كالنصف والثلث
والربع ونحو ذلك واما ان اطلق الشركة فان اشركه في قدر معلوم فله
ذلك القدر لا شك فيه لان حكم التصرف تثبت في قدر ما اضيف اليه
وهو الاصل وان اطلق الشركة بان قال اشركتك في هذا الكر فله نصف
الكر كما لو قال اشركتك في نصف الكر لان الشركة المطلقة تقتضي المساواة
فيقتضي ان يكون نصيب الرجل مثل نصيبه ولو اشرك رجلا في نصفه
فلم يقبضه حتى هلك نصفه فالرجل بالخيار ان شا اخذ نصف ما بقي
وهو ربع الكر وان شا ترك لانه كان له نصف شايع من ذلك فما هلك
هلك على الشركة وما بقي بقي على الشركة وله الخيار اذا كان قبل القبض
لان الصفقة قد تفرقت عليه وكذلك لو باع رجلا نصف الكر ثم هلك نصفه
قبل القبض لما قلنا ولو كان مكان الهلاك استحقاق بان استحق نصف الكر
فها هنا يختلف حكم الشركة والبيع فيكون النصف الباقي للمشتري خاصة
في البيع وفي الشركة يكون بينهما وانما كان كذلك لان البيع اضيف الى نصف
شايع وتعذر تنفيذه في النصف المستحق لانعدام الملك وامكن تنفيذه
في النصف المملوك فيجب تنفيذه فيه وكذلك في الشركة الا ان تنفيذها في
النصف المملوك يقتضي المساواة بينهما في ذلك النصف وذلك في ان يكون
نصف للرجل ونصف له ولو اشترى عبدا فقال له رجل اشركني في هذا
العبد فقال قد اشركتك ثم قال له رجل اخر مثل ذلك فاشركه فيه ان

لان الثاني علم بمشاركة الاول فله الربع وللمشتري الربع والنصف للاول وان
كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للاول ولا شي للمشتري لانه اذا
علم الثاني بمشاركة الاول فلم يطلب الشركة منه الا في نصيبه خاصة
والشركة في نصيبه تقتضي المساواة بين النصيبين وهي في ان يكون
لكل واحد منهما الربع واذا لم يعلم بالشركة فقوله اشركني طلب الشركة
في الكل والاشراك في الكل ان يكون نصفه له والاول قد استحق النصف
بالمشاركة فيستحق الثاني النصف الباقي تحقيقا للشركة المقتضية الى
المساواة ولو قال له رجل اشتر جارية فلان بيني وبينك فقال له المامور نعم
ثم لقيه غيره فقال له مثل ما قال له الاول فقال للاول المامور نعم ثم اشترى
الجارية فالجارية بين الامرين ولا شي منها للمامور لان الاول وكله بشرا
نصف الجارية وبقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه وكيل الاول
لانه لا يمكن اخراج نفسه عن الوكالة من غير محضر من الموكل فبقي وكيلا
له في شرا النصف فاذا قبل الوكالة من الثاني صار وكيلا في شرا النصف
الاخر فاذا اشترى الجارية فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما ولو
لقيه ثالث فقال له مثل ما قال له الاولان فقال نعم ثم اشتراها كانت الجارية
للاولين ولا شي للثالث لانه بقي وكيلا للاولين اذ لا يملك اخراج
نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث
شريكان شركة عنان في الرقيق امر احدهما لصاحبه ان يشتري
عبد فلان بينه وبين المامور ثم امره اجنبي بمثل ذلك فاشتراه
فالنصف للاجنبي والنصف للشريكين لان كل واحد من الشريكين
يملك شرا الرقيق بعقد الشركة من غير امر فكان الامر سفها فلم
يصح وصح من الاجنبي فاستحق النصف واستحقا النصف بقضية
الشركة والله اعلم هذا اذا كان المشترا لواحد فاشركه فان كان لاثنين
فلا يخلو اما ان اشرك احدهما رجلا واما ان اشركاه جميعا فان اشركه
احدهما فاما ان اشركه في نصيبه خاصة بان قال اشركتك في نصفي
واما ان اشركه مطلقا بان قال اشركتك في هذا العبد واما ان اشركه
في نصيبه ونصيب صاحبه واما ان اشركه في نصفه بان قال اشركتك
في نصف هذا العبد فان اشركه في نصيبه خاصة فله نصف نصيبه لان
الشركة المطلقة في نصيبه تقتضي ان يكون نصيبه فيه مثل نصيبه لانها

م في نصيبي واما ان اشركه في نصفه بان قال اشركتك صح

تقتضي المساواة وكذلك لو اشركه في نصفه لان الشركة المطلقة في نصفه تقتضي المساواة
فيه وان اشركه مطلقا فان اجاز شريكه فله النصف كاملا والنصف لهما وان لم يجز
فالربع له لما ذكرنا ان الشركة المطلقة تقتضي المساواة فتقتضي ان يكون نصيبه
وحده مثل نصيبهما جميعا الا انه اذا لم يجز تعذر تنفيذ الاشراك في نصيبه فينفذ
في نصيب صاحبه فيكون له الربع واذا اجاز امكن اجرا الشركة على اطلاقها وهي
باطلاقها تقتضي المساواة وذلك في ان يكون له النصف ولكل واحد منهما الربع
وان اشركه في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك في ظاهر الرواية انه ان اجاز
صاحبه فله النصف والنصف الاخر لهما وان لم يجز فله الربع وروي عن ابي
يوسف في النوادر انه ان اجاز كان بينهما اثلاثا وان ابى ان يجيز كان له ثلث
ما في يدي الذي اشركه وهو سدس الكل وجه هذه الرواية ان اشراك احدهما
واجازة الاخر بمنزلة اشراكهما معا لان الاجازة تستند الى حال العقد فكانهما
اشركاه معا ولان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فصار كان العاقد
قد اشرك بوكالة صاحبه وجه ظاهر الرواية ان الاشراك والاجازة ثبت
على التعاقب لوجود الاشراك والاجازة على التعاقب والحكم يثبت على وفق
العلة فصار كما لو اشركه كل واحد منهما على التعاقب قوله الاجازة تستند
الى حالة العقد قلنا نعم لكن الثابت بطريق الاستناد يثبت للحال ثم يستند
فكان حكم الاجازة متاخرا عن حكم الاشراك ثبوتا وان اشركه في نصف العبد
واجاز شريكه فله نصف ما في يد هذا ونصف ما في يد الاخر وان لم يجز فله
نصف ما في يد الذي اشركه لما قلنا هذا اذا اشركه احدهما فاما اذا اشركاه
جميعا فلا يخلو اما ان اشركاه معا واما ان اشركاه على التعاقب فان اشركاه معا
فالقياس ان يكون له النصف كاملا ولكل واحد منهما الربع وفي الاستحسان
يكون بينهم اثلاثا وان اشركاه على التعاقب مطلقا ولم يبينا قدر الشركة او اشركاه ٥
في نصيبهما بان قال كل واحد منهما اشركتك في نصيبي ولم يبين في كم اشركه
كان له النصف وللاولين النصف وجه القياس انه لما اشركه كل واحد
منهما فقد استحق نصف نصيبه فكان النصف له والنصف لهما جميعا كما لو
اشركاه على التعاقب وجه الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق
ان الاشراك المطلق من كل واحد منهما اياه في زمان واحد يقتضي المساواة
في انصبا الكل وهو ان يكون نصيب كل واحد مثل نصيب الاخر وذلك في ان
يكون المشترا بينهم اثلاثا بخلاف الاشراك على التعاقب لان الاشراك من احدهما

مطلقا في زمان يقتضي ان يكون نصيبه مثل نصيبه وكذا اشتراك الاخر في
الزمان الثاني فيجتمع له رجحان وهو النصف ولكل واحد منهما الربع والله اعلم

المواضعة

فصل واما المواضعة فهي بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شي معلوم
منه ويعتبر لها من الشرايط والاحكام ما يعتبر للمرابحة وقد ذكرنا ذلك كله
والاصل في معرفة مقدار الثمن في المواضعة ان يضم قدر الوضيعة الى راس
المال ثم يطرح منه فما بقي بعد الطرح فهو الثمن مثاله اذا قال اشتريت
هذا الثوب بعشرة وابيعكه بوضيعة ده يازده فاذا اردت ان تعرف الثمن
انه كم هو فسبيلك ان تجعل كل درهم من العشرة التي هي راس المال احد عشر جزا
فيكون الكل احد عشر منها درهم وضيعة فيكون الثمن تسعة دراهم وجزا
من احد عشر جزا من درهم على هذا القياس تجري مسايل المواضعة فصل
واما شرايط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد فهو ان يكون
واحد وهو ان يكون خاليا عن خيارات اربعة خيار التعيين وخيار الشرط
وخيار العيب م شرط ايضا ولقب المسلة ان خيار المجلس ليس بثابت عندنا — م وخيار الرؤية فلا يلزم مع احد هذه الخيارات وهذا عندنا وقال الشافعي افترقا العاقدين مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب صح
وعنده ثابت احتج الشافعي بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا وهذا نص في الباب ولان الانسان قد يبيع شيا
ويشتري ثم يبدو اله فيندم فيحتاج الى التدارك بالفسخ فكان ثبوت الخيار
بالمجلس من باب النظر للمتعاقدين ولنا ظاهر قوله تعالى يا ايها
الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم اباح
الاكل بالتجارة عن تراض مطلقا عن قيد التفرق عن مكان العقد وعنده اذا
فسخ احدهما العقد في المجلس لا يباح الاكل فكان ظاهر النص حجة عليه ولان
البيع من العاقدين صدر مطلقا عن غير شرط والعقد المطلق يقتضي ثبوت
الملك في العوضين في الحال فالفسخ من احد العاقدين يكون تصرفا في العقد
الثابت بتراضيهما او في حكمه بالرفع والابطال من غير رضى الاخر وهذا لا يجوز
ولهذا لم ينفرد احدهما بالفسخ والاقالة بعد الافتراق كذا هذا واما
الحديث فان ثبت مع كونه في حد الاحاد مخالفا لظاهر الكتاب فالخيار
المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع وهو ان البايع
اذا قال لغيره بعت منك كذا فله ان يرجع ما لم يقل المشتري اشتريت — م وللمشتري ان لا يقبل ايضا واذا قال المشتري اشتريت صح
منك بكذا كان له ان يرجع ما لم يقل البايع بعت وللبايع ان لا يقبل ايضا وهذا
النوع من التاويل للخبر نقله محمد في الموطا عن ابراهيم النخعي رحمهما الله وانه

موافق

170

ما يكره من البياعات

موافق لرواية ابي حنيفة رضي الله عنه البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما حملناه
على هذا توفيقا بين الدلايل بقدر الامكان والله اعلم فصل واما بيان ما
يكره من البياعات وما يتصل بها فاما البياعات المكروهة فمنها التفريق بين
الرقيق م والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا توله والدة — م فالبيع م
عن ولدها والتفريق بينهما تولية فكان منهيا وروي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم راى امراة والهة في السبي فسال عن شانها فقيل قد بيع ولدها فامر بالرد
وقال من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة
وهذا خرج مخرج الوعيد وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يجمع عليهم
السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية ونهى عن التفريق في — السبي
حالة الصغر وروي انه عليه السلام وهب من علي رضي الله عنه غلامين صغيرين
فباع احدهما فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما فقال بعت احدهما فقال
له عليه السلام بعهما او ردهما الامر بالجمع بينهما في البيع فيهما وهو دليل على كراهة — اورد المبيع م
التفريق ولان التفريق بين الصغير والكبير اضرار بهما لان الصغير ينتفع بشفقة — م نوع صح
الكبير ويسكن اليه والكبير يستانس بالصغير وذا يفوت بالتفريق فتلحقهما
الوحشة فكان التفريق اضرارا بهما بالحاق الوحشة وكذا بين الصغيرين
لانهما يتالفان ويسكن قلب احدهما لصاحبه فكان التفريق بينهما ايحاشا
بهما فكره ولان الصبا من اسباب الرحمة قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا
ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي التفريق ترك الرحمة فكان مكروها ثم الكلام في
كراهة التفريق في مواضع في بيان شرايط الكراهة وفي بيان ما يحصل به التفر — بق
وفي بيان صفة ما يحصل به التفريق انه جايز ام لا اما شرايط الكراهة فمنها
صغر احدهما وهو ان يكون احدهما صغيرا او يكونا صغيرين فان كانا — بلغ
كبيرين لا يكره التفريق بينهما لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا
يجمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية مد النهي عن
التفريق الى غاية البلوغ فدل على اختصاص الكراهة بحالة الصغر وزوالها
بعد البلوغ ولان الكراهة معلولة بالاضرار بزوال الاستيناس والشفقة
وترك الرحمة وكل ذلك يختص بحالة الصغر ومنها الرحم وهو القرابة
فان كانا اجنبيين لم يكره التفريق بينهما ومنها المحرمية وهي ان يكونا ذوي
رحم محرم بان كان بينهما قرابة محرمة للنكاح فلا يكره التفريق بين ابني العم
ونحو ذلك لان القرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع مفترضة الوصل وكانت

منشا الشفقة والانس بخلاف ساير القرابات وكذا المحرمية بدون الرحم لا يحرم
التفريق كحرمة الرضاع والمصاهرة لانعدام معنى الشفقة والانس لعدم دليلهما وهو
القرابة ومنها ان يكون مالكهما واحدا باي سبب ملكهما بشرا او هبة او ميراث
او صدقة او وصية حتى لو كان احدهما في ملكه والاخر في ملك ولده الصغير
فلا باس بان يبيع احدهما دون الاخر وكذا لو كان له ولدان صغيران احد
المملوكين في ملك احدهما والاخر في ملك الاخر لا باس للاب ان يبيع احدهما
لان الكراهية في التفريق واذا لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع تفريقا م ان يكونا في ملك واحد صح
لانهما كانا متفرقين قبل البيع وكذا اذا كان احدهما في ملكه والاخر في ملك
مكاتبه لانهما لم يجتمعا في ملك شخص واحد لان المكاتب فيما يرجع الى الكسب
ملحق بالاحرار فاختلف المالك وان كان احدهما في ملكه والاخر في ملك عبده
الماذون فلا باس للولي ان يبيع العبد الذي عنده اما على اصل ابي حنيفة فظاهر م فان كان عليه دين صح
لان المولى لا يملك كسب عبده الماذون المديون فلم يوجد الاجتماع في ملك
مالك واحد وعندهما ان كان يملكه لكنه ملك تعلق به حق الغرما فكان
كالاجنبي عنه فلم يوجد الاجتماع معنى وان لم يكن عليه دين يكره للمولى
ان يبيع احدهما لوجود الاجتماع في ملك شخص واحد ولو كان احدهما في
ملكه والاخر في ملك مضاربه فلا باس بالتفريق لان مال المضاربة وان لم
يكن ملك المضارب لكن له حق قوي فيه حتى جاز بيع المضارب من رب
المال وبيع رب المال من المضارب استحسانا فكان رب المال بمنزلة الاجنبي
فلم يوجد الاجتماع في ملك رجل واحد وعلى هذا يخرج ما اذا باع جارية
كبيرة على انه بالخيار فيها ثلاثة ايام ثم ملك ولدها الصغير في مدة الخيار
انه يكره ايجاب البيع في الجارية بالاجازة او بالترك حتى تمضي المدة بل يفسخ
البيع حتى لا يحصل التفريق لان خيار البايع يمنع زوال السلعة عن
ملكه فكانت الجارية على ملكه فاذا ملك ولدها الصغير فقد اجتمعا في
ملك شخص واحد فكانت الاجازة تفريقا فيكره ولو باع الجارية على ان
المشتري بالخيار ثلاثة ايام ثم ملك البايع ولدها الصغير في المدة فلا
باس للمشتري ان يجيز البيع او يفسخ لان الجارية خرجت عن ملك البايع بلا
خلاف لان خيار المشتري لا يمنع خروج السلعة عن ملك البايع بلا خلاف
بين اصحابنا وانما الخلاف في دخولها في ملك المشتري فلم يجتمع المملوكان في
ملك شخص واحد فلم تكن الاجازة تفريقا ولو كان الخيار للمشتري ولها ابن عند

المشتري

171

المشتري لا تكره الاجازة بلا اشكال لان الاجازة لا تكون تفريقا بل تكون جمعا واما
الفسخ فكذلك لا يكره ايضا اما على اصل ابي حنيفة فلا يشكل ايضا لان الجارية
لان الجارية لم تدخل في ملك المشتري لان خيار المشتري يمنع دخول السلعة
في ملكه على اصله فلم يقع الفسخ تفريقا لانعدام الاجتماع في ملكه واما عندهما
فالجارية وان دخلت في ملكه لكن الفسخ حقه فلا اجبار على الاجازة ابطال
لحقه وهذا لا يجوز وكان له ان يفسخ والله اعلم ومنها ان يملكهما على الكمال
فان ملك من كل واحد منهما شقصا منه لم يكره ان يبيع نصيبه من احدهما
دون الاخر لان البيع هاهنا لا يقع تفريقا مطلقا لحصول التفريق قبله
من وجه فلم يدخل تحت النهي عن التفريق على الاطلاق ومنها ان يكون
كل واحد منهما محلا للبيع فان خرج احدهما عن محلية البيع بالتدبير والاستيلاد م عن محلية البيع صح
فلا باس ببيع الاخر وان كان فيه تفريق لانه تعذر عليه بيعهما جميعا فلو منع
عن بيع الاخر يتضرر به المالك وكراهية التفريق شرعا ضرر زايد فلا يجوز م لدفع صح
دفعه بالحاق ضرر فوقه بالمالك ومنها ان لا يتعلق باحدهما حق فان تعلق
بان لحق احدهما دين بان استهلك مال انسان او جنى جناية على بني ادم او
اشتراهما رجل فوجد باحدهما عيبا لم يكره التفريق بل يباع بالدين ويدفع
بالجناية ويرد بالعيب لان في المنع من التفريق دفع ضرر زايد بضرر اقوى منه
وهو ابطال الحق وهذا لا يجوز وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا جنى
احدهما يستحب للمالك ان يفدي لما فيه من مراعاة الحقين ودفع الضرر من
الجانبين وانه حسن عقلا وشرعا وروي عن ابي يوسف انه اذا اشتراهما
رجل فوجد باحدهما عيبا يردهما جميعا او يمسكهما وليس له ان يرد المعيب
خاصة لان رده خاصة تفريق وانه اضرار فصار كما اذا اشترى مصراعي
باب او زوجي نعل او خف ثم وجد باحدهما عيبا انه ليس له ان يرد المعيب
خاصة لكونه اضرارا بالبايع خاصة كذا هذا ومنها ان يكون مالكهما مسلما
فان كان كافرا لا يكره التفريق وسوا كان المالك حرا او مكاتبا او ماذونا عليه
دين او لا دين عليه صغيرا كان او كبيرا وسوا كان المملوكان مسلمين او كافرين
او احدهما مسلما والاخر كافرا لان ما ذكرنا من الدلايل الموجبة لكراهة
التفريق من النصوص والمعقول لا يوجب الفصل ولو دخل حربي دار الاسلام
بامان ومعه عبدان صغيران او احدهما صغير والاخر كبير وهما ذوي
رحم محرم او اشتراهما في دار الاسلام من صاحبه الذي دخل معه بامان فاراد

ان يبيع احدهما فلا باس للمسلم ان يشتريه ولو كان اشتراهما من مسلم في دار الاسلام
او ذمي او حربي دخل بامان منه ولاية اخذه لا ضرر ولا يبته يكره للمسلم ان
يشتري احدهما ووجه الفرق ان الضرورة دفعت الكراهة في الفصل الاول
لانه لو لم يشتر لادخلهما دار الحرب فيصير عونا لهم على المسلمين وهذه الضرورة
تنعدم في الفصل الثاني لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن من الحاقهما بدار الحرب فلم
تتحقق الضرورة ومنها ان لا يرضيا بالتفريق فان رضيا به لا يكره بان
كان الصبي مراهقا فرضي بالبيع ورضيت امه فبيع برضاهما لان كراهة التفريق
لمكان الضرر فاذا رضيا به علم انه لا ضرر فلا يكره والله اعلم هذا اذا اجتمع مع
الصغير في ملك شخص واحد قريب واحد هو ذو رحم محرم منه فاما اذا كان
معه عدد من الاقارب كل واحد ذو ابو بنه يكره التفريق بينه وبينهما وبين
احدهما بلا خلاف وان كانا ممن سواهما من ذوي الرحم المحرم فاما ان كان احدهما
اقرب من الصغير والاخر ابعد منه واما ان كانا في القرب منه على السوا
فان كان احدهما اقرب لا باس بالتفريق بين الصغير وبين الابعد منهما لان
شفقة الاقرب تغني عن شفقة الابعد فلم يكن التفريق اضرارا بالصغير سوا
اتفقت قرابة الكبيرين كالاب مع الجد والام مع الجدة او الخالة او الخال
او اختلفت كالام مع العمة او العم وروي عن ابي يوسف انه يكره التفريق بينه
وبين احدهما كيف ما كان لان كل واحد منهما له شفقة على الصغير وتزول
بالتفريق وان كان الكبيران في القرب من الصغير شرعا سوا ينظر ان اتفقت
جهة قرابتهما كالعمتين والخالتين والاخوين لاب وام او لام فالقياس ان يكره
التفريق بين الصغير وبين احدهما وكذا روي عن ابي يوسف وفي الاستحسان
لا يكره اذا بقي مع الصغير قريب واحد لان لكل واحد منهما شفقة على
حدة على الصغير فلا تقوم شفقة احدهما مقام الاخر وكذا قد يختص
احدهما بزيادة شفقة من حيث الاصل او من حيث القدر فيكره وجه الاستحسان
ان كراهة التفريق للاضرار بتفويت النظر وعند اتحاد جهة القرابة والتساوي
في القرب من الصغير كان معنى النظر حاصلا ببقا احدهما بخلاف ما اذا اختلفت
الجهة لان عند اختلاف جهة القرابة تختلف الشفقة فيحصل من كل واحد منهما
ما لا يحصل من الاخر فكان التفريق اضرارا وكذلك لو ملك ستة اخوة او ست اخوات
ثلاثة منهم كبار وثلاثة صغار لا باس ببيع كل صغير مع كل كبير لما قلنا ولو كان
مع الصغير ابوان حكما بان ادعاه حتى ثبت نسبه منهما ثم اجتمعوا في ملك شخص

م رحم محرم من الصغير فلو كانا ابوين او غيرهما من ذوي الارحام فان كانا صح

م او لاب صح

م ليس في الاخر فكان التفريق اضرارا بتفويت شفقة
ط بالصغير صح

م رجلان

واحد

172

واحد فالقياس ان لا يكره بيع احدهما لاتحاد جهة القرابة وهي قرابة الابوة
واحد فالقياس كالعمين والخالين ونحو ذلك وفي الاستحسان يكره لان اباه
احدهما حقيقة فكان الثابت قرابة احدهما حقيقة الا انا حكمنا بثبات
نسبه منهما لاستوائهما في الدعوة ولكن الاب في الحقيقة احدهما فلو باع احد
لاحتمل انه باع الاب فيتحقق التفريق بخلاف ما اذا كان للصغير اب وام
حيث يكره بيع احدهما لان قرابة كل واحد منهما متحققة فكان البيع تفريقا
بين الصغير وبين احد ابويه بيقين فكره وان اختلفت جهة قرابة الكبيرين
كالعمة مع الخالة والعم مع الخال والاخ لاب مع الاخ لام وما اشبه ذلك
يكره التفريق لان من يدلي بقرابة الاب الى الصغير يقوم مقام الاب
والذي يدلي اليه بقرابة الام يقوم مقام الام فكان مع الصغير ابا واما
ولو كان كذلك يكره التفريق كذا هذا امراة سبيت وفي حجرها بنت
صغيرة ووقعنا في سهم رجل والمراة تزعم انها ابنتها يكره التفريق بينهما
وان كان لا يثبت نسبها بمجرد دعوتها في سائر الاحكام لان الاخبار في
كراهة التفريق وردت في السبايا ولا يظهر كون الصغير ولدا للمسبية
الا بقولها فيدل على قبول قولها في حق كراهة التفريق ولان هذا من باب
الديانات وقول المراة الواحدة في الديانات مقبول خصوصا فيما يسلك
فيه طريق الاحتياط ولو كبرت الصغيرة في يد السابي وقد كان وطي الكبيرة
ولم يعلم من المراة المسبية ارضاع الصغيرة لا ينبغي له ان يقرب البنت
وان لم يثبت نسبها منها بالدعوة لاحتمال انها بنتها من النسب او من الرضاع
فلا يقربها احتياطا ولكن لا يمنع من قربانها في الحكم لان قول المراة الواحدة
في حقوق العباد غير مقبول وان لم تكن الصغيرة في حجرها وقت السبي فلا
باس بالتفريق والجمع بينهما في الوطي لانه اذا لم تكن في حجرها عند السبي
فلا دليل على كونها ولدا لها في حق حكم ما فلا يقبل قولها اصلا ولو
ادعى رجل من السبايا صغيرا او صغيرة انه ولده قبل قوله وثبت نسبه منه
سوا كان قبل الاحراز بدار الاسلام او بعد بعد ان يكون قبل القسمة او قبل
الدخول في ملك خاص بالبيع وغيره لان دعوة الرجل صحيحة الا ترى انه
يثبت نسبه منه فيظهر في حق كراهة التفريق سوا كان الولد وقت
السبي في يده او لم يكن بخلاف دعوة المراة وكذلك لو ادعت المراة ان
الولد معها من هذا الرجل وهو زوجها وصدقها تثبت بينهما الزوجية ه

ههنا

فضار صح

الذي صح

بتصادقهما ويثبت نسب الولد منهما ويكره التفريق بين الصغير وبين احدهما
لانه ولدهما باقرارهما ولو ادعى واحد من الغانمين ولدا صغيرا من السبي انه
ولده قبل القسمة او البيع صحت دعوته ويكون ولده ثم ينظر ان كان معه
علامة الاسلام كان مسلما ولا يسترق وان لم يكن معه علامة الاسلام ثبت
نسبه من المدعي ولكن يسترق لان دعوته ان صحت في حق ثبات النسب
واستندت الي وقت العلوق لكنها لم تصح ولم تنفذ في حق الاسترقاق تستند
لان فيه ابطال حق الغانمين فلا يصدق في ابطال حق الغير ويجوز ان يصدق
الانسان في اقراره في حق نفسه ولا يصدق في حق غيره اذا تضمن ابطال
حق الغير كمن اقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه صح الشرا وعتق عليه وكذا
لو اشتراه ثم اقر بحريته صح اقراره في حقه حتي يعتق عليه ولا يصدق في
حق بايعه حتي لم يكن له ان يرجع بالثمن علي بايعه ولهذا نظاير والله اعلم

فصل واما ما يحصل به التفريق فهو التمليك بالبيع لانه ينقطع
به منفعة الانس والشفقة وكذا القسمة في الميراث والغنايم لان القسمة
لا تخلوا عن معني التمليك خصوصا فيما لا مثل له فيحصل بها التفريق فيكره
ولا باس بان يعتق احدهما او يكاتبه لان الاعتاق ليس بتمليك بل هو ازالة
الملك او نهاؤه فلا يتحقق به التفريق لانه اذا عتق يمكنه الاستيناس
بصاحبه والاحسان اليه فلم يكن الاعتاق تفريقا وكذا الكتابة لان المكاتب
حر يدا فلا ينقطع بها منفعة الانس ونحو ذلك فلا يكون تفريقا والله اعلم
ولين كان تفريقا فنفع الاعتاق فوق ضرر التفريق فلا يكون ضررا
معني ولو باع نسمة للعتق يكره عند ابي حنيفة وعند محمد لا يكره وجه
قوله ان الوفا بالوعد من مكارم الاخلاق فالظاهر من حال المشتري انجاز
ما وعد فيخرج التفريق من ان يكون ضررا لانه يقابله نفع اعظم منه وهو
العتق وجه قول ابي حنيفة ان العتق ليس بمشروط في البيع ولو كان
مشروطا لاوجب فساد البيع فبقي قصد الاعتاق وتنفيذ هذا القصد ليس
بلازم فبقي البيع تفريقا فيكره حتي لو كان قال المشتري ان اشتريته فهو
حر ثم اشتراه قال لا يكره بالاجماع لانه يعتق بعد الشرا لا محاله فيخرج البيع
من ان يكون ضررا والله اعلم **فصل** واما صفة البيع الذي يحصل به
التفريق انه جايز ام لا فقد اختلف العلما فيه قال ابو حنيفة ومحمد البيع جايز
مفيد للحكم بنفسه لكنه مكروه والبايع بالتفريق اثم وقال ابو يوسف البيع

م احدهما صح
ولو اوصى ان يباع عبده نسمة
صحت الوصية فالمراد ان يباع
للعتق اي لمن يريد عتقه

فاسد

فاسد في الوالدين والمولودين وفيما سواهم من ذوي الارحام جايز وقال الشافعي
البيع باطل في الكل واحتج بما روينا من الاحاديث الواردة بالنهي عن التفريق
او ما يجري مجري النهي والبيع تفريق فكان منهيا والنهي لا يصلح سببا لثبوت
الملك كساير البياعات التي ورد النهي عنها علي اصله وابو يوسف رحمه الله انما
خص البيع في الوالدين والمولودين بالفساد لورود الشرع بتغليظ الوعيد
بالتفريق بينهم وهو ما روينا ولهما ان قوله تعالي واحل الله البيع ونحوه من
نصوص البيع يقتضي شرعية البيع علي العموم والاطلاق فمن ادعي التخصيص
او التقييد فعليه الدليل واما الاحاديث فهي محمولة علي النهي عن غير البيع
وهو الاضرار فلا يخرج البيع من ان يكون مشروعا كالنهي عن البيع وقت الندا
وانما حملناه علي غير البيع حملا للخبر الواحد علي موافقة الكتاب واما لان م اما صح
النهي لا يرد عما عرف حسنه عقلا علي ما عرف ومنها البيع وقت الندا
وهو اذان الجمعة لقوله تعالي يا ايها الذين امنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة
فاسعوا الي ذكر الله وذروا البيع امر بترك البيع عند الندا فيكون نهيا عن البيع
لكن لغيره وهو ترك السعي فكان البيع في ذاته مشروعا جايزا لكنه يكره
لانه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعي ومنها بيع الحاضر للبادي
وهو ان يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الا لاهل البادية بثمن غال لما روي
عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس
يرزق الله بعضهم من بعض ولو باع جاز البيع لان النهي لمعني في غير البيع وهو
الاضرار باهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت الندا بان كان اهله في م وهذا اذا كان يضر باهل البلد صح
قحط من الطعام والعلف فان كانوا في خصب وسعة فلا باس به لانعدام الضرر
ومنها بيع متلقي السلع واختلف في تفسيره قال بعضهم هو ان يسمع واحد
خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشتري جميع ما معهم من
الميرة ويدخله المصر فيبيعه علي ما يشا من الثمن وهذا الشرا مكروه لما
روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لا تلقوا السلع حتي تهبط الاسواق
وهذا اذا كان ذلك يضر باهل البلد بان كان اهله في جدب وقحط فان كان
لا يضر بهم فلا باس وقال بعضهم تفسيره هو ان يتلقاهم فيشتري منهم
بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بسعر البلد وهذا ايضا مكروه سوا
تضرر به اهل البلد او لا لانه غرهم والشرا جايز في الصور جميعا لان البيع
مشروع في ذاته والنهي في غيره وهو الاضرار بالعامة علي التفسير الاول وتغرير

اربا السلع على التفسير الثاني ومنها بيع المستام على سوم اخيه وهو ان يتساوم
الرجلان فطلب البايع بسلعته ثمنا ورضي المشتري بذلك الثمن فجا مشتري
اخر ودخل على سوم الاول فاشتراه بزيادة او بذلك الثمن لما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة
اخيه وروي لا يسوم الرجل على سوم اخيه والنهي لمعنى في البيع وهو الايذا فكان م غير صح
نفس البيع مشروعا فيجوز شراوه لكنه يكره هذا اذا جنح البايع بالثمن م للبيع صح
الذي طلب المشتري الاول فان كان لم يجنح له فلا باس للثاني ان يشتريه لان
هذا ليس استياما على سوم اخيه فلا يدخل تحت النهي ولانعدام معنى الايذا ايضا
بل هو بيع من يزيد وانه ليس بمكروه لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
باع قدحا وحلسا لمن يزيد وما كان عليه السلام ليبيع بيعا مكروها وكذا بيع صح
في النكاح اذا خطب رجل امراة وركن قلبها اليه يكره لغيره ان يخطبها لما
روينا وان لم تركن فلا باس والله اعلم ومنها بيع السلاح من اهل الفتنة
وفي عساكرهم من باب الاعانة والعدوان وانه منهي ولا يكره بيع ما يتخذ منه م لان بيعه منهم صح
السلاح منهم كالحديد وغيره لانه ليس بعد للقتال فلا يتحقق معنى الاعانة على الاثم صح
ونظيره بيع الخشب الذي يصلح لاتخاذ المزمار فانه لا يكره وان كره بيع
المزامير واما ما يكره مما يتصل بالبيوع فمنها الاحتكار وقد ذكرنا جملة
الكلام فيه في باب الكراهة والحاقه بهذا الموضع اولى ومنها النجش
وهو ان يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع
غيره فيزيد في ثمنه وانه مكروه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى
عن النجش ولانه احتيال للاضرار باخيه المسلم وهذا اذا كان المشتري
يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها فاما اذا كان يطلبها باقل من ثمنها فنجش
رجل سلعته حتى تبلغ الى ثمنها فهذا ليس بمكروه وان كان الناجش لا يريد
شراها والله اعلم بالصواب فصل واما حكم البيع فلا يمكن الوقوف
عليه الا بعد الوقوف على قسمة البياعات في حق الحكم فنقول وبالله التوفيق
البيع في حق الحكم لا يخلو اما ان يكون صحيحا واما ان يكون فاسدا واما ان يكون
باطلا واما ان يكون موقوفا والصحيح لا يخلو من ان يكون فيه خيار او لا خيار فيه
اما البيع الصحيح الذي لا خيار فيه فله احكام لكن بعضها اصلي وبعضها من
التوابع اما الحكم الاصلي فالكلام فيه في موضعين في بيان اصل الحكم وفي بيان
صفته اما الاول فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبايع في الثمن للحال

ثم

ثم لا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع والاحكام المتعلقة بهما فيقع
الكلام في موضعين احدهما في تفسير المبيع والثمن والثاني في بيان الاحكام
المتعلقة بهما اما الاول فنقول وبالله التوفيق المبيع والثمن على اصل اصحابنا
رحمهم الله من الاسما المتباينة الواقعة على معاني مختلفة فالمبيع في الاصل اسم
لما يتعين في البيع والثمن في الاصل ما لا يتعين بالتعيين وان احتمل تغيير م بالتعيين صح
هذا الاصل لعارض بان لا يكون مما لا يحتمل التعيين مبيعا كالمسلم فيه
وما يحتمله ثمنا كراس مال السلم اذا كان عينا على ما نذكره واما على اصل زفر
وهو قول الشافعي فالمبيع والثمن من الاسما المترادفة الواقعة على مسمى واحد
وانما يتميز احدهما من الاخر في الاحكام يعرف البا واذا عرف هذا فالدراهم
والدنانير على اصل اصحابنا اثمان لا تتعين في عقد المعاوضة في حق الاستحقاق
وان عينت حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم او بهذه
الدنانير كان للمشتري ان يمسك المشار اليه ويرد مثله ولكنها تتعين
في حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر حتى يجب عليه رد مثل المشار
اليه جنسا ونوعا وقدرا وصفة ولو هلك المشار اليه لا يبطل العقد وعلى
اصلهما تتعين حتى يستحق البايع على المشتري الدراهم المشار اليها كما في ساير
الاعيان المشار اليها ولو هلك قبل القبض يبطل العقد كما لو هلك ساير الاعيان
وجه قولهما ان المبيع والثمن يستعملان استعمالا واحدا قال الله تعالى
ولا تشتروا باياتي ثمنا قليلا سمى المشترى وهو المبيع ثمنا فدل ان الثمن
مبيع والمبيع ثمن ولهذا جاز ان يذكر الشرا بمعنى البيع يقال شريت الشي
بمعنى بعته وقال الله تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه ولان ثمن الشي
قيمته وقيمة الشي ما تقوم مقامه لهذا سميت قيمة لقيامه مقام غيره
والثمن والمثمن كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه فكان كل واحد منهما
ثمنا ومبيعا دل انه لا فرق بين الثمن وبين المبيع في اللغة والمبيع يحتمل
التعيين بالتعيين فكذا الثمن اذ هو مبيع على ما بينا ولنا ان الثمن في
اللغة اسم لما في الذمة كذا نقل عن الفرا وهو امام في اللغة ولان احدهما يسمى
ثمنا والاخر مبيعا في عرف اللغة والشرع واختلاف الاسامي دليل اختلاف
المعاني في الاصل الا انه يستعمل على الاخر لوجود معنى المقابلة كما يسمى جزا م احدهما مكان صاحبه لوجود معنى المقابلة
السيئة سيئة وجزا الاعتدا اعتدا فاما الحقيقة فما ذكرنا واذا كان لان كل واحد منهما يقابل صاحبه فيطلق اسم
الثمن اسما لما في الذمة لم يكن محتملا للتعيين في الاشارة فلم يصح التعيين حقيقة احدهما صح

في حق استحقاق العين فجعل كناية عن بيان الجنس المشار اليه ونوعه وصفته
وقدره تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان ولان التعيين غير مفيد لان
كل عوض يطلب من المعين في المعاوضات يمكن استيفاؤه من مثله فلم يكن
التعيين في حق استحقاق العين مفيدا فيلغو في حقه ويعتبر في حق بيان الجنس
والنوع والصفة والقدر لان التعيين في حقه مفيد ثم الدراهم والدنانير عندنا
اثمان على كل اي شي كان في مقابلتها وسوا دخل حرف البا فيها او فيما يقابلها
لانها لا تتعين بالتعيين بحال فكانت اثمانا على كل حال واما ما سواهما
من الاموال فان كان مما لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات فهو
مبيع على كل حال لانه يتعين بالتعيين بل لا يجوز بيعها الا عينا الا الثياب
الموصوفة الموجلة سلما فانها تثبت دينا في الذمة مبيعة بطريق السلم استحسانا
بخلاف القياس لحاجة الناس الى السلم فيها وكذا الموصوف الموجل فيها لا
بطريق السلم يثبت دينا في الذمة ثمنا استحسانا وان كان مما له مثل كالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة فان كان في مقابلته المكيل او الموزون
دراهم او دنانير فهو مبيع وان كان في مقابلته ما لا مثل له من الاعيان التي
ذكرنا فانه ينظر ان كان المكيل او الموزون معينا فهو مبيع وان لم يكن معينا
يحكم فيه حرف البا فما دخله فهو ثمن والاخر مبيع وان كان احدهما معينا
والاخر موصوفا او كان كل واحد منهما موصوفا فانه يحكم فيه حرف البا
فما صحبته فهو الثمن والاخر المبيع واما الفلوس الرايجة فان قوبلت بخلاف
جنسها فهي اثمان وكذا ان قوبلت بجنسها متساوية في العدد وان قوبلت
بجنسها متفاضلين في العدد فهي مبيعة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد هي اثمان على كل حال واما بيان ما يتعلق بهما من الاحكام فمنها
انه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بالاجماع وفي العقار اختلاف
ويجوز التصرف في الاثمان قبل القبض الا الصرف والسلم وقال الشافعي
ان كان الثمن عينا لا يجوز التصرف فيها قبل القبض وهذا على اصله مستقيم
لان الثمن والمبيع عنده من الاسما المترادفة الواقعة على مسمى واحد فكان كل
واحد منهما مبيعا ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وان كان دينا فله فيه قولان
في قول لا يجوز ايضا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما لم يقبض
فيتناول الدين والعين ولنا ما روينا عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
انه قال يا رسول الله انا نبيع الابل بالبقيع وناخذ مكان الدراهم دنانير ومكان

الدنانير

الدنانير دراهم فقال عليه السلام لا باس اذا كان بسعر يومها وافترقتما وليس بينكما
شي وهذا نص على جواز الاستبدال عن ثمن المبيع ولان قبض الدين بقبض العين
لان قبض نفس الدين لا يتصور لانه عبارة عن مال حكمي في الذمة او عبارة عن
الفعل وكل ذلك لا يتصور قبضه حقيقة فكان قبضه بقبض بدله وهو
قبض الدين فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفي ذمة المقبوض
منه مثلها في المالية فيلتقيان قصاصا هذا هو طريق قبض الديون وهذا
المعنى لا يوجب الفصل بين ان يكون المقبوض من جنس ما عليه او من خلاف
جنسه لان المقاصة انما تتحقق بالمعنى وهو المالية والاموال كلها في معنى
المالية جنس واحد وبه يتبين ان المراد من الحديث العين لا الدين لان
النهي عن بيع ما لم يقبض يقتضي ان يكون المبيع شيا يحتمل القبض ونفس الدين
لا يحتمل القبض على ما بينا فلا يتناوله النهي بخلاف الصرف والسلم اما
الصرف فلان كل واحد من بدلي الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه
لان البيع لا بد له من مبيع اذ هو من الاسما الاضافية وليس احدهما بجعله مبيعا
اولى من الاخر فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه فمن
حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض كساير الاثمان ومن حيث هو مبيع
لا يجوز فترجح جانب الحرمة احتياطا واما المسلم فيه فمبيع بالنص والاستبدال
بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وراس المال الحق بالمبيع العين في
حق حرمة الاستبدال شرعا فمن ادعى الالحاق في ساير الاموال فعليه الدليل
وكذا يجوز التصرف في القرض قبل القبض وذكر الطحاوي انه لا يجوز وفرق
بين القرض وساير الديون ووجه الفرق له ان الاقراض اعارة لا مبادلة
الا ترى انه لا يلزم الاجل فيه كما في العارية ولو كان مبادلة للزم فيه الاجل وكذا
لا يملكه الاب والوصي والمكاتب والماذون وهولا يملكون المبادلة ولانه لو
جعل مبادلة لما جاز لانه يتمكن فيه الربا وهو فضل العين على الدين دل انه
اعارة والواجب في العارية رد العين وانه لا يحصل بالاستبدال وجه
ظاهر الرواية ان الاقراض في الحقيقة مبادلة الشي بمثله فالواجب على المستقرض
رد مثل ما استقرض دينا في ذمته لا عينه فكان محتملا للاستبدال كساير
الديون ولهذا اختص جوازه بما له مثل من المكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة دل ان الواجب على المستقرض تسليم مثل ما استقرض لا تسليم عينه
الا انه اقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين كانه انتفع بالعين مدة ثم ردها اليه

فاشبه دين الاستهلاك وغيره والله اعلم ومنها انه لا يجوز بيع ما ليس عند البايع الا
السلم خاصة لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم ويجوز الشرا بثمن ليس عند المشتري لما روي انه عليه السلام اشترى
من يهودي طعاما بثمن ليس عنده ورهنه درعه وعلى هذا يخرج ما اذا قال اشتريت
منك هذه الحنطة بدرهم او دينار الى شهر او قال اشتريت منك درهما او دينارا الى
شهر بهذه الحنطة انه يجوز لما ذكرنا ان الدراهم والدنانير اثمان على كل حال فكان
ما يقابلها مبيعا فيكون مشتريا بثمن ليس عنده وانه جايز ولو قال بعت منك
قفيز حنطة بهذه الدراهم او بهذه الدنانير ووصف الحنطة لكنه لم يذكر
شرايط السلم او قال بعت منك هذا الدرهم او قال هذا الدينار بقفيز حنطة
ووصفها ولم يذكر شرايط السلم فلو ذكر في هذا البيع شرايط السلم جاز
عند اصحابنا الثلاثة وان لم يذكر لفظة السلم وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر
لفظة السلم والصحيح قولنا لما ذكرنا ان السلم نوع بيع الا انه بيع اختص بشرايط
فاذا اتى بها فقد اتى بالسلم وان لم يتلفظ به ولو تصارفا دينارا بدينار او عشرة
دراهم بعشرة دراهم او دينارا بعشرة دراهم بغير اعيانهما وليس عندهما شي
من ذلك فاستقرضا في المجلس ثم تقابضا وافترقا جاز لان الدراهم والدنانير
اثمان على كل حال فكان كل واحد منهما مشتريا بثمن ليس عنده لا بايعا وانه جايز
الا انه لا بد من التقابض لانه صرف ولو تبايعا تبرا بتبر بغير اعيانهما وليس
عندهما شي من ذلك ثم استقرضا قبل الافتراق فتقابضا ثم افترقا ففيه
روايتان ذكر في الصرف انه يجوز وجعله بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة
وذكر في المضاربة لا يجوز البيع ويحتمل ان يوفق بين الروايتين بان تحمل رواية
كتاب الصرف على موضع يروج التبر فيه رواج الدراهم والدنانير المضروبة
ورواية كتاب المضاربة على موضع لا يروج رواجها وعلى هذا يخرج ما اذا قال
بعت منك هذا العبد بكذا كذا حنطة ووصفها انه يجوز لانه جعل الحنطة الموصوفة
ثمنا حيث ادخل فيها حرف البا فيكون الاخر مبيعا فكان هذا بيع العبد بحنطة
موصوفة في الذمة فيجوز ولو قال اشتريت منك كذا كذا حنطة ووصفها
بهذا العبد لا يجوز الا بطريق السلم لانه جعل العبد ثمنا بدلالة حرف
البا فكانت الحنطة مبيعة وكان بايعا ما ليس عنده فلا يجوز الا بشرايط
السلم من الاجل وبيان مكان الايفا وقبض راس المال ونحو ذلك عندنا
وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم على ما مر وعلى هذا يخرج ما اذا قال

[هامش: م قال]

[هامش: م لا يجوز لان الدراهم والدنانير اثمان باي شي قوبلت فكان ما في مقابلتها مبيعا فيكون بايعا ما ليس عنده ولا يجوز بيع ما ليس عند الانسان الا السلم خاصة ولم يذكر شرايط السلم صح]

[هامش: م وجعله بمنزلة العروض حتى قال لا يجوز المضاربة فعلى هذه الرواية صح]

بعت منك هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز حنطة ووصفها او قال بعت منك هذه
الحنطة على انها قفيز بقفيزي شعير ووصفها ان البيع جايز لانه جعل العين منهما
مبيعا والدين الموصوف في الذمة ثمنا بادخال حرف البا عليه فيجوز لكن قبض الدين
منهما قبل الافتراق شرط لان من شرط جواز البيع ان يكون الافتراق فيه عن عين
بعين وذلك بقبض الدين منهما لان الدين لا يتعين الا بالقبض ولو قبض الدين منهما
ثم افترقا عن المجلس قبل قبض العين جاز لانهما افترقا عن عين بعين ولو قال
اشتريت منك قفيز حنطة ووصفها بهذا القفيز من الحنطة او قال اشتريت
منك قفيزي شعير ووصفها بهذه الحنطة على انها قفيز لا يجوز وان احضر
الموصوف في المجلس لانه جعل الموصوف منهما مبيعا والاخر ثمنا بقرينة حرف
البا فيكون بايعا ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الانسان لا يكون الا بطريق
السلم ولا سبيل الى تجويزه سلما لان اسلام المكيل في المكيل لا يجوز ولو تبايعا
مكيلا موصوفا بمكيل موصوف او موزونا موصوفا بموزون موصوف مما
يتعين بالتعيين بان قال بعت منك قفيز حنطة ووصفها بقفيز حنطة
ووصفها او قال بعت منك منّ سكر ووصفه بمنّ سكر ووصفه وليس عندهما
شي من ذلك ثم استقرضا وتقابضا ثم افترقا لا يجوز البيع لان الذي صحبه منهما
حرف البا يكون ثمنا والاخر مبيعا فيكون بايعا ما ليس عنده فلا يجوز الا سلما
والسلم في مثله لا يجوز لان اسلام المكيل في المكيل واسلام الموزون الذي يتعين
في الموزون الذي يتعين وكذلك لا يجوز والله اعلم وعلى هذا يخرج الشرا
بالدين ممن عليه الدين شيا بعينه او بغير عينه قبضه او لم يقبضه وجملة
الكلام فيه ان الدين لا يخلو من ان يكون دراهم او دنانير او فلوسا او مكيلا او موزونا
او قيمة المستهلك فان كان دراهم او دنانير فاشترى به شيا بعينه جاز
الشرا وقبض المشترى ليس بشرط لانه يكون افتراقا عن عين بدين وانه
جايز فيما لا يتضمن ربا النسا ولا يتضمن هاهنا وكذلك ان كان الدين مكيلا
او موزونا او قيمة المستهلك لما قلنا ولو اشترى بدينه وهو دراهم شيا
بغير عينه بان اشترى بها دينارا او فلوسا او هو فلوس فاشترى بها دراهم
او دنانير او فلوسا جاز الشرا لكن يشترط قبض المشترى في المجلس حتى لا يحصل
الافتراق عن دين بدين لان المشترى لا يتعين الا بالقبض ولو كان دينه
دراهم او دنانير او فلوسا فاشترى بها مكيلا موصوفا او موزونا موصوفا او
ثيابا موصوفة موجلة لم يجز الشرا لان الدراهم والدنانير اثمان على كل حال

[هامش: م او بقفيزي شعير ووصفها صح]

[هامش: الشرا بالدين]

وكذا الفلوس عند المقابلة بخلاف جنسها فلم تكن مبيعة وكان الاخر مبيعا
فيكون بايعا ما ليس عند الانسان ولا يجوز بيع ما ليس عند الانسان الا بطريق
السلم ولا سبيل الي تجويزه بطريق السلم لان راس المال دين بخلاف الفصل
الاول لان كل واحد منهما كان ثمنا فكان مشتريا بثمن ليس عنده وانه جايز لكن
لا بد من التسليم كيلا يحصل الافتراق عن دين بدين وان كان الدين مكيلا او
موزونا فباعه بدراهم او دنانير او بفلوس او اشتري هذه الاشيا بدينار جاز
لان الدراهم والدنانير اثمان علي كل حال وكذلك الفلوس عند مقابلتها بخلاف
جنسها فكان من عليه الدين مشتريا بثمن ليس عنده وذلك جايز لكن يشترط
القبض في المجلس ليلا يودي الي الافتراق عن دين بدين ولو اشتري بالدين
الذي هو مكيل او موزون مكيلا او موزونا من خلاف جنسه ينظر ان جعل
الدين منهما مبيعا والاخر ثمنا بان ادخل فيه حرف البا فان كان بغير عينه جاز
لانه يكون مشتريا بثمن ليس عنده الا ان القبض في المجلس شرط فلا يكون افتراقا
عن دين بدين وان جعل الدين منهما ثمنا بان ادخل فيه حرف البا والاخر مبيعا
لم يجز الشرا وان احضر في المجلس لانه بايع ما ليس عنده وبيع ما ليس عند
الانسان لا يجوز الا بطريق السلم واذا كان راس المال دينا لا يجوز السلم وان
كان الدين قيمة المستهلك فان كان المستهلك مما له مثل فهذا والاول سوا
لان الواجب باستهلاكه مثله فاذا اشتري به شيا من خلاف جنسه فحكمه
ما ذكرنا وان كان مما لا مثل له فاشتري به شيا بعينه جاز وقبض المشترا
ليس بشرط لان الواجب باستهلاكه القيمة والقيمة دراهم او دنانير فصار
مشتريا بدين الدراهم والدنانير شيا بعينه فيجوز ولا يشترط قبض
المشترا لانه يحصل الافتراق عن عين بدين ولا باس به فيما لا يتضمن ربا النسا
ولو اشتري به شيا بغير عينه من المكيل او الموزون ينظر ان جعل ما عليه
مبيعا وهذا ثمنا بان ادخل عليه حرف البا يجوز الشرا لانه اشتري بثمن ليس
عنده فيجوز لكن لا بد من القبض في المجلس وان جعل ما عليه ثمنا بان صحبه حرف
البا لا يجوز وان احضر في المجلس لانه باع ما ليس عنده فلا يجوز الا بطريق
السلم ولا سبيل اليه لان راس المال دين ولو وقع الصلح عن المستهلك
علي الدراهم او الدنانير او قضي به القاضي جاز ولا يكون القبض شرطا لان هذا
ليس شرا بالدين بل هو نفس حقه ولو صالح علي دراهم او دنانير اكثر من قيمة
المستهلك جاز الصلح عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز بقدر

القيمة

البيع بالفلوس

بيع الدراهم والدنانير بالفلوس

القيمة والفضل علي القيمة باطل وهي من مسايل الغصب نذكرها ان شا الله تعالي
ولو تبايعا عينا بفلوس باعيانها بان قال بعت منك هذا الثوب او هذه الحنطة
بهذه الفلوس جاز ولا تتعين وان عينت بالاشارة اليها حتي كان للمشتري
ان يمسكها ويرد بدلها ولو هلكت قبل القبض لا يبطل البيع لانها وان لم تكن
في الوضع ثمنا فقد صار ثمنا باصطلاح الناس ومن شان الثمن ان لا يتعين
بالتعيين وكذا اذا تبايعا درهما بعينه او دينارا بعينه بفلوس باعيانها فانها
لا تتعين ايضا كما لا تتعين الدراهم والدنانير لما قلنا الا ان القبض في المجلس
هاهنا شرط بقا العقد علي الصحة حتي لو افترقا من غير تقابض اصلا يبطل
العقد لحصول الافتراق عن دين بدين ولو لم يوجد القبض الا من احد الجانبين
دون الاخر فافترقا مضي العقد علي الصحة لان المقبوض صار عينا بالقبض
فكان افتراقا عن عين بدين وانه جايز اذا لم يتضمن ربا النسا ولم يتضمن
هاهنا لانعدام القدر المتفق عليه والجنس وكذا اذا تبايعا فلسا بعينه
بفلس بعينه فالفلسان لا يتعينان وان عينا الا ان القبض في المجلس شرط
حتي يبطل بترك التقابض في المجلس لكونه افتراقا عن دين بدين ولو
قبض احد البدلين في المجلس فافترقا قبل قبض الاخر ذكر الكرخي انه
لا يبطل العقد لان اشتراط القبض من الجانبين من خصايص الصرف وهذا
ليس بصرف فيكتفي فيه بالقبض من احد الجانبين لان به يخرج عن
كونه افتراقا عن دين بدين وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي انه لا
يبطل لا لكونه صرفا بل لتمكن ربا النسا فيه لوجود احد وصفي علة ربا
الفضل وهو الجنس وهو الصحيح ولو تبايعا فلوسا بدراهم علي ان كل واحد
منهما بالخيار وتقابضا وافترقا بطل البيع لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق
الحكم فيمنع صحة التقابض فيحصل الافتراق لا عن قبض اصلا فيبطل
البيع ولو كان الخيار لاحدهما فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بنا علي
ان شرط الخيار يعمل في الجانبين جميعا عنده فينعدم القبض من الجانبين
وعندهما لا يعمل الا من جانب واحد فينعدم القبض من احد الجانبين وهذا
لا يمنع جواز العقد والاصل المحفوظ ان العقود في حق القبض علي مراتب منها
ما يشترط فيه التقابض وهو القبض من الجانبين وهو الصرف ومنها
ما لا يشترط فيه القبض اصلا كبيع العين بالعين مما سوي الذهب والفضة
وبيع العين بالدين مما لا يتضمن ربا النسا كبيع الحنطة بالدراهم ونحوها ومنها

هذا هو المحفوظ

ما يشترط فيه القبض من احد الجانبين كبيع الدراهم بالفلوس وبيع العين
بالدين مما يتضمن ربا النسا كبيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون اذا كان
الدين منهما ثمنا وبيع الدين بالعين وهو السلم ولو تبايعا فلسا بعينه
بفلسين باعيانهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف ويتعين كل واحد
منهما حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وكذا اذا رد بالعيب
او استحق ولو اراد احدهما ان يدفع مثله ليس له ذلك وعند محمد لا
يتعين ولا يجوز البيع وقد ذكرنا المسئلة مع دلايلها فيما تقدم ولو تبايعا
فلسا بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما او عين احدهما ولم يعين الاخر لا يجوز
في الرواية المشهورة عنهما وروي عن ابي يوسف انه يجوز والصحيح جواب
ظاهر الرواية لان الفلس في هذه الحالة لا يخلو اما ان يكون من العروض او
من الاثمان فان كان من العروض فالتعيين في العروض شرط الجواز ولم يوجد
وان كان من الاثمان فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجد ولان تجويز هذا
البيع يودي الى ربح ما لم يضمن لان مشتري الفلسين يقبضهما وينقد احدهما
ويبقى له الاخر من غير ضمان فيكون ربح ما لم يضمن وانه منهي ولو
تبايعا فلسا بفلسين وشرطا الخيار ينبغي ان يجوز على قولهما لان الفلوس
في هذه الحالة كالعروض وعندهما لا يشترط فلم يكن الخيار مانعا والله اعلم
ولو اشترى شيا بفلوس كاسدة في موضع لا تنفق فان كانت باعيانها جاز
وان لم تكن معينة لم تجز لانها في ذلك الموضع عروض والتعيين شرط الجواز
في بيع العروض والله اعلم ومنها ان للبايع حق حبس المبيع حتى يقبض
حتى يقبض الثمن اذا كان المبيع حاضرا لان البيع عقد معاوضة والمساواة
في المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة وحق المشتري في المبيع قد
تعين بالتعيين في العقد وحق البايع في الثمن لم يتعين بالعقد لان الثمن في
في الذمة فلا يتعين بالتعيين الا بالقبض فيسلم الثمن اولا ليتعين فيتحقق
المساواة وان كان المبيع غايبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن التسليم
حتى يحضر المبيع لان تقديم تسليم الثمن لتحقيق المساواة واذا كان المبيع غايبا
لا تتحقق المساواة بالتقديم بل يتقدم حق البايع ويتاخر حق المشتري حيث
يكون الثمن بالقبض عينا مشارا اليه والمبيع لا ولان من الجايز ان المبيع قد هلك
وسقط الثمن عن المشتري فلا يومر بالتسليم الا بعد احضار المبيع سوا
كان المبيع في ذلك المصر او في موضع اخر بحيث تلحقه المونة بالاحضار

حق حبس المبيع

م اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن الى البايع حتى يقبض المبيع م

فرق

فرق بين هذا وبين الرهن فان الراهن اذا امتنع من قضا الدين لاحضار الرهن
ينظر في ذلك ان كان الرهن في ذلك المصر بحيث لا يلحق المرتهن مونة في الاحضار
يومر باحضاره اولا كما في المبيع لجواز ان الرهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن
بقدره وان كان في موضع تلحقه المونة في الاحضار لا يومر المرتهن بالاحضار
اولا بل يومر الراهن بقضا الدين اولا ان كان مقرا ان الرهن قايم ليس
بهالك وان ادعى انه هالك وقال المرتهن هو قايم فالقول قول المرتهن مع
يمينه فاذا حلف يومر بقضا الدين ووجه الفرق بينهما ان البيع عقد
معاوضة ومبنى المعاوضة على المساواة ولا تتحقق المساواة الا بالاحضار على
ما مر بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل هو عقد امانة بمنزلة
عقد الوديعة فكان المرهون امانة في يد المرتهن الا انه اذا هلك يسقط
الدين عن الراهن لا لكونه مضمونا بل لمعنى اخر على ما عرف واذا لم يكن
معاوضة لم يكن الدين عوضا عن الرهن فلا يلزم تحقيق المساواة بينهما باحضار
الرهن اذا كان بحيث يلحقه المونة بالاحضار ولو تبايعا عينا بعين سلما
معا لما ذكرنا ان المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة المتعاوضين عادة
وتحقيق المساواة هاهنا في التسليم معا ولان تسليم المبيع مستحق وليس
احدهما بالتسليم اولى من الاخر لان كل واحد منهما مبيع فيسلمان معا وكذلك
لو تبايعا دينا بدين سلما معا تحقيقا للمساواة التي هي مقتضى المعاوضات المطلقة
ولاستوا كل واحد منهما في استحقاق التسليم بخلاف ما اذا تبايعا عينا بدين
لان الدين لا يصير عينا الا بالقبض فلا تتحقق المساواة الا بتسليمه اولا على ما
بينا والله اعلم ومنها ان هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع
وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون اصلا واما ان يكون تبعا
وهو الزوايد المتولدة من المبيع فان كان اصلا فلا يخلو اما ان هلك قبل القبض
واما ان هلك بعده وكل ذلك لا يخلو اما ان هلك بافة سماوية واما ان
هلك بفعل البايع او بفعل المشتري او بفعل اجنبي فان هلك كله قبل القبض بافة
سماوية انفسخ البيع لانه لو بقي اوجب مطالبة المشتري بالثمن واذا طالبه
بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وانه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة
اصلا فلم يكن في بقا البيع فايدة فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن
عن المشتري لان انفساخ البيع ارتفاعه من الاصل كان لم يكن وكذا اذا هلك
بفعل المبيع بان كان حيوانا فقتل نفسه لان فعله على نفسه هدر وكانه هلك

م بتقديم م

هلاك المبيع قبل القبض

م اما ان هلك كله واما ان هلك بعضه ولا يخلو

صح
م بفعل المبيع او صح

باقة سماوية وكذلك اذا هلك بفعل البايع بطل البيع ويسقط الثمن عن
المشتري عندنا وقال الشافعي لا يبطل وعلى البايع ضمان القيمة او المثل
وجه قوله انه اتلف مالا مملوكا للغير بغير اذنه فيجب عليه ضمان المثل
او القيمة كما لو اتلفه بعد القبض ولا فرق سوى ان المبيع قبل القبض في يده
وهذا لا يمنع وجوب الضمان كالمرتهن اذا اتلف المرهون في يده ولنا
ان المبيع في يد البايع مضمون باحد الضمانين وهو الثمن الا ترى لو
هلك في يده سقط الثمن عن المشتري فلا يكون مضمونا بضمان اخر اذ المحل
الواحد لا يقابل الضمانين بخلاف الرهن فان المضمون بالرهن على المرتهن م معنى المرهون لا عينه بل عينه امانة حتى كان كفنه ونفقته على الراهن
والمضمون بالاتلاف عينه فايجاب ضمان القيمة لا يودي الى كون المحل الواحد
مضمونا ضمانين لاختلاف محل الضمان بخلاف البيع ط مضمون بالثمن في
الحالين فيمنع كونه مضمونا بضمان اخر وان هلك بفعل المشتري لا ينفسخ
البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صار قابضا كل المبيع لانه لا يمكنه اتلافه
الا بعد اثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن وسوا كان
البيع باتا او بشرط الخيار للمشتري لان خيار المشتري لا يمنع زوال
المبيع عن ملك البايع بالاتفاق فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع تقرر
الثمن وان كان البيع بشرط الخيار للبايع او كان ضمان مثله ان كان له
مثل وان كان مما لا مثل له فعليه قيمته لان خيار البايع يمنع زوال السلعة
عن ملكه بالاتفاق وكان المبيع على حكم ملك البايع وملكه مضمون بالمثل او القيمة
وكذا المبيع بيعا فاسدا مضمون بالمثل او القيمة وان هلك بفعل اجنبي فعليه
ضمانه لا شك فيه لانه اتلف مالا مملوكا لغيره بغير اذنه ولا يد له عليه فيكون
مضمونا عليه بالمثل او القيمة والمشتري بالخيار ان شا فسخ البيع فيعود
المبيع الى ملك البايع فيتبع الجاني فيضمنه مثله ان كان من ذوات الامثال
وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وان شا اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان
واتبعه البايع بالثمن لان المبيع قد تغير في ضمان البايع لانه كان عينا فصار
قيمة وتغير المبيع في ضمان البايع يوجب الخيار ثم ان اختار الفسخ وفسخ واتبع
البايع الجاني بالضمان وضمنه ينظر ان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل
على الثمن لا يطيب له الفضل لان الفضل ربح ما لم يملك لزوال المبيع عن
ملكه بنفس البيع وربح ما لم يضمن لا يطيب له لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن
ربح ما لم يضمن ولما فيه من شبهة الربا فربح ما لم يملك اولى وان كان الضمان

ط وسواء كان البيع باتا او بشرط الخيار لان المبيع في يد البايع صح

م البيع فاسدا فعليه صح

من

من خلاف جنس الثمن طاب الفضل لان الربا يتحقق عند اختلاف الجنس
وان اختار المبيع واتبع الجاني بالضمان وضمنه فان كان الضمان من جنس الثمن
لا يطيب له الفضل لانه ربح ما لم يضمن في حقه لا ربح ما لم يملك لان المبيع ملكه
وان كان من خلاف جنسه طاب الفضل له لما ذكرنا ولو كان المشتري عبدا
فقتله اجنبي قبل القبض فان كان القتل خطا لا ينفسخ البيع وللمشتري خيار
الفسخ او البيع لما قلنا الا ان هاهنا ان اختار الفسخ وفسخ اتبع البايع عاقلة
القاتل فاخذ قيمته في ثلاث سنين وان اختار المبيع اتبع العاقلة بقيمته
في ثلاث سنين ولو كان القتل عمدا اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال ع
قال ابو حنيفة رحمه الله ان المشتري بالخيار ان شا فسخ البيع وللبايع ان
يقتص القاتل بعبده وان شا اختار المبيع وله ان يقتص القاتل بعبده وعليه
جميع الثمن وقال ابو يوسف المشتري بالخيار ان شا فسخ البيع ويعود
المبيع الى ملك البايع وليس للبايع ان يقتص ولكنه ياخذ من مال القاتل
القيمة في ثلاث سنين وان شا اختار المبيع وللمشتري ان يقتص وعليه
جميع الثمن وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال والمشتري بالخيار ان
شا فسخ البيع والبايع باخذ القيمة من القاتل في ثلاث سنين وان شا
اختار المبيع واتبع القاتل بالقيمة في ثلاث سنين وجه قول محمد ان
العبد لم يبق على ملك البايع وقت القتل بل كان على ملك المشتري فلم
ينعقد السبب موجبا للقصاص للبايع وملك المشتري لم يكن مستقرا
بل كان محتملا للعود الى ملك البايع بالفسخ فلا يثبت ولاية الاقتصاص
لاحدهما وجه قول ابي يوسف انه لا سبيل الى اثبات ولاية الاقتصاص
للبايع لما قاله محمد وهو ان القتل صادف محلا ليس بمملوك للبايع عند
القتل فاما الملك فثابت للمشتري وقت القتل وقد لزم وتقرر باختيار
البيع فيثبت له ولاية الاستيفا ولابي حنيفة رحمه الله انه امكن القول بثبوت
ولاية الاستيفا لهما على اعتبار اختيار البيع فلما قاله ابو يوسف واما
على اعتبار اختيار الفسخ فلان فسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم
يكن فتبين ان الجناية وردت على ملك البايع فيثبت له ولاية الاقتصاص
هذا اذا هلك المبيع كله قبل القبض فاما اذا هلك كله بعد القبض فان
هلك بافة سماوية او بفعل المبيع او بفعل المشتري لا ينفسخ البيع والهلاك
على المشتري وعليه الثمن لان البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن وكذلك

م وعلى اعتبار اختيار الفسخ اما على اعتبار اختيار البيع صح

ان هلك بفعل اجنبي لما قلنا ويرجع المشتري على الاجنبي بضمانه ويطيب له
الفضل لان هذا الفضل ربح ما قد ضمن وان هلك بفعل البايع ينظر ان كان
المشتري قبضه باذن البايع او بغير اذنه لكن الثمن منقود او موجل
فاستهلاكه واستهلاك الاجنبي سوا وان كان قبضه بغير اذن البايع صار
مستردا للمبيع بالاستهلاك فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان
البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو في يده والله اعلم هذا اذا هلك
كل المبيع قبل القبض او بعده فاما اذا هلك بعضه فان كان قبل القبض وهلك
بافة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر بان كان مكيلا او موزونا
او معدودا ينفسخ العقد بقدر الهلاك وتسقط حصته من الثمن لان
كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شي من الثمن وهلاك كل المعقود
عليه يوجب انفساخ البيع في قدره وسقوط الثمن بقدره والمشتري بالخيار
في الباقي ان شا اخذه بحصته من الثمن وان شا ترك لان الصفقة قد
تفرقت عليه وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل في البيع
من غير تسميه كالشجر والبنا في الارض واطراف الحيوان والجودة في
المكيل والموزون لا ينفسخ البيع اصلا ولا يسقط عن المشتري شي من
الثمن لان الاوصاف لا حصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض او
الجناية لانها تصير مقصودة بالقبض والجناية والمشتري بالخيار ان شا
اخذه بجميع الثمن وان شا ترك لتعيب المبيع قبل القبض وان هلك
بفعل المبيع بان جرح نفسه لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شي من
الثمن لان جنايته على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بافة سماوية
وهلاك بعضه نقصان الاوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط شي من الثمن الوصف صح
ولكن المشتري بالخيار ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا ترك لتغير المبيع
ولو كان المشتري حيوانين سوى بني ادم فقتل احدهما صاحبه قبل
القبض تسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار ان شا اخذ الباقي
بحصته من الثمن وان شا ترك لان فعل العجما جبار فصار كانه اشترى
حيوانين ثم مات احدهما قبل القبض حتف انفه ولو كان المشتري عبدين
فقتل احدهما صاحبه قبل القبض او كان جارية فولدت قبل القبض فكبر
الولد ثم قتل احدهما صاحبه قبل القبض فالمشتري بالخيار ان شا فسخ البيع
في الباقي وبطلت الجناية لان الفسخ اعادة الى ملك البايع فتبين ان القتل حصل

في

في ملك البايع فبطل وان شا اخذ القاتل منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن المشتري
شي من الثمن لانه لو اخذه بحصته من الثمن لصار اخذا بجميع الثمن في الانتها فتخير
في الابتدا قصرا للمسافة ان شا اخذ الحي منهما بجميع الثمن وان شا تركه بيان
ذلك انه لو اخذ القاتل منهما بحصته من الثمن لانفسخ البيع في المقتول وانفساخ
البيع ارتفاعه من الاصل وعوده الى ملك البايع فيتبين ان عبد المشتري
قتل عبد البايع فيخاطب بالدفع او بالفدا وايهما فعل قام مقام المقتول فيجب
المقتول معنى فياخذه ببقية الثمن فصار في اخذ الباقي منهما بحصته من
الثمن في الحال اخذا بجميع الثمن في المال فخيرناه في الابتدا للاخذ بجميع
الثمن والفسخ لهذا فان هلك بفعل البايع يبطل البيع بقدره ويسقط
عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتبارا للبعض بالكل
سوا كان النقصان نقصان قيمة او نقصان وصف لان الاوصاف لها حصة
من الثمن عند ورود الجناية عليها لانها تصير اصلا بالفعل فتقابل بالثمن والمشتري
بالخيار في الباقي ان شا اخذه بحصته من الثمن وان شا ترك لتفرق الصفقة
عليه ولو اختار المشتري الاخذ فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية او
من غيرها مات على البايع وسقط الثمن عن المشتري لان المبيع انما يدخل في
ضمان المشتري بالقبض ولم يوجد فان قبضه المشتري فمات من جناية
البايع او غيرها سقطت عن المشتري حصة جناية البايع ولزمه ما بقي من
الثمن اما اذا مات من الجناية فلان قبض الباقي وجد من المشتري فتقرر
قبضه فتقرر عليه ثمنه وكذا اذا مات من جناية البايع لان المشتري قبض
الباقي حقيقة وقبض المبيع يوجب تقرر الثمن في الاصل الا اذا وجد من
البايع ما ينقضه فيصير مستردا والسراية ليست فعله حقيقة وانما
هي صنع الله تعالى يعني مصنوعه فبقي المقبوض على حكم قبض المشتري
فتقرر عليه ثمنه وكذا اذا مات من جناية البايع ولان قبض المشتري بمنزلة
انشا العقد فيه لان للقبض شبها بالعقد وانشا الشرا قاطع للسراية كما لو
اشتراه منه بعد جنايته وقبضه ثم سرت الى النفس ومات فكذا القبض
والله اعلم وان هلك بفعل المشتري لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شي من
الثمن لانه صار قابضا للكل باتلاف البعض اذ لا يتمكن من اتلاف البعض الا
باثبات اليد على الكل وهو تفسير القبض او صار قابضا قدر المتلف بالاتلاف
والباقي بالتعييب فتقرر عليه كل الثمن ولو مات في يد البايع بعد جناية المشتري

ينظر ان مات من تلك الجناية مات على المشتري وعليه الثمن لانه لما مات من جنايته
تبين ان فعله السابق وقع اتلافا للكل فتقرر عليه كل الثمن سوا منعه البايع بعد
جناية المشتري او لم يمنعه لان منع البايع بعد وجود الاتلاف من المشتري هدر
وان مات من غير الجناية فان كان البايع لم يمنعه مات من مال المشتري ايضا
وعليه التمن لما ذكرنا انه بالجناية صار قابضا لكل المبيع ولم يوجد ما ينقض كل صح
قبضه فبقي حكم ذلك القبض وان كان منعه لزم المشتري حصة ما استهلك
وسقط عنه ثمن ما بقي لان البايع لما منع فقد نقض قبض المشتري في قدر
القايم وصار مستردا اياه فاذا هلك فقد هلك في ضمانه فهلك عليه ولو جني عليه
البايع ثم جني على المشتري سقطت عن المشتري حصة جناية البايع لما قلنا ولزمه
ثمن ما بقي لانه صار قابضا للباقي بجنايته فتقرر عليه ثمنه لان جنايته دليل
الرضا بتعيب البايع فان ابتدا المشتري بالجناية ثم جني البايع قبل قبض
التمن فان بري العبد من الجنايتين فالمشتري بالخيار ان شا اخذ وسقطت
عنه حصة جناية البايع من التمن وان شا ترك لان المشتري وان صار قابضا بالجناية
لكن الجناية فيه قبض بغير اذن البايع والتمن غير منقود فلما جني عليه البايع
فقد استرد ذلك القدر فحصلت جنايته تعييبا للمبيع وحدوث العيب في
المبيع قبل القبض يوجب الخيار فان شا فسخ وان شا ترك وعليه ثلاثة
ارباع الثمن وسقطت عنه جناية البايع من التمن وهو الربع لان النصف
هلك بجناية المشتري فتقرر عليه ثمنه وربع منه قايم فياخذ بثمنه ايضا
والربع هلك بجناية البايع قبل القبض فسقط عنه ثمنه وان مات العبد
في يد البايع بعد الجنايتين بان كان المشتري قطع يده ثم قطع البايع
رجله من خلاف ثم مات في يد البايع من الجنايتين فعلى المشتري خمسة
اثمان التمن وسقط عنه ثلاثة اثمان التمن لان المشتري لما قطع يده فقد
تقرر عليه نصف التمن لانه صار قابضا بالقطع ولما قطع البايع رجله فقد استرد البايع صح
نصف القايم من العبد وهو الربع فبقي هناك ربع قايم من العبد فاذا
سرت الجناية فقد هلك ذلك الربع من سراية الجنايتين فينقسم ذلك
الربع بينهما نصفين فانكسر الحساب بالارباع فيجعل كل سهم اربعة فيصير
ثمانية فلذلك جعلنا الحساب من ثمانية فهلك بجناية المشتري النصف
وهو اربعة وبسراية جنايته سهم فتقرر عليه ثمنه فذلك خمسة اثمان التمن
وهلك بجناية البايع سهمان وبسراية جنايته سهم فذلك ثلاثة اثمان

الثمن

الثمن تسقط عنه لان هلاكه هذا القدر يسقط عنه والله اعلم هذا اذا جني المشتري
اولا ثم جني البايع فبرات الجراحة او سرت فاما اذا جني البايع اولا ثم المشتري
فان بري العبد فلا خيار للمشتري هاهنا لما ذكرنا ان اقدامه على الجناية بعد
جناية البايع دليل الرضا بتعيبه فبطل خياره ويلزمه ثمن ما بقي لانه صار
قابضا لما بقي وان مات العبد من الجنايتين فالجواب هاهنا على القلب
من الجواب في المسلة المتقدمة وهو ان على المشتري ثلاثة اثمان وسقط
عنه خمسة اثمان التمن فحكم جناية المشتري هاهنا كحكم جناية البايع
هناك لما ذكرنا فافهم ولو كان الثمن مقبوضا والعبد في يد البايع فجني
عليه البايع سقط عن المشتري حصته من الثمن ايضا لما ذكرنا فان كان المشتري
جني اولا ثم جني البايع يلزم البايع من القيمة ما يلزم الاجنبي لان المشتري صار
قابضا بالجناية ولا يملك البايع نقض القبض والاسترداد هاهنا لان الثمن
مقبوض فصارت جنايته وجناية الاجنبي سوا ولو كان البايع جني اولا ثم جني
المشتري فما هلك بجناية البايع تسقط حصته من الثمن وما هلك بسراية جناية
فعليه قيمته لان ما هلك بجنايته بعد جناية المشتري تجب قيمته على ما ذكرنا
فكذا ما هلك بسراية جنايته والله اعلم وان هلك بفعل اجنبي فعليه ضمانه
لا شك فيه والمشتري ان شا فسخ البيع واتبع البايع الجاني بضمان ما جني بالخيار صح
وان شا اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن وايهما اختار
فالحكم فيه بعد ذلك على ما ذكرنا في اتلاف الاجنبي كل المبيع والله اعلم
هذا اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فاما اذا هلك بعضه بعد القبض فان
هلك بافة سماوية او بفعل المبيع او بفعل المشتري فالهلاك على المشتري لان
المبيع خرج عن ضمان البايع بقبض المشتري فتقرر عليه الثمن وكذا اذا هلك
بفعل اجنبي فالهلاك على المشتري لما قلنا ويرجع بالضمان على الاجنبي لا شك فيه
وان هلك بفعل البايع ينظر ان لم يكن له حق الاسترداد للحبس لاستيفا الثمن
بان كان المشتري قبضه باذنه او كان الثمن منقودا او موجلا فهذا وما لو
اتلفه اجنبي سوا وقد ذكرنا حكمه وان كان له حق الاسترداد بان كان قبضه
بغير اذنه والتمن حال غير منقود ينفسخ البيع في قدر المتلف وسقط عن المشتري ي
حصته من الثمن لانه صار مستردا لذلك القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر
في ضمانه فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مستردا الا نه لم يوجد منه اتلاف
الباقي لانه لو هلك الباقي في يد المشتري فعليه حصته من الثمن الا اذا هلك

الباقي من سراية جناية البائع فيصير مستردا فيسقط عن المشتري جميع الثمن
لان تلف الباقي حصل مضافا الي فعله فصار مستردا للكل فتلف الكل في ضمانه فيسقط
كل الثمن ولو اختلف البائع والمشتري في هلاك المبيع فقال البائع هلك بعد القبض
ولي عليك الثمن وقال المشتري هلك قبل القبض ولا ثمن لك علي فالقول قول
المشتري مع يمينه لان البائع يدعي عليه القبض والثمن وهو ينكر ولان الظاهر
شاهد للمشتري لان المبيع كان في يد البائع والظاهر بقاء ما كان على ما كان والبائع
يدعي امرا عارضا وهو الزوال والانتقال فكان متمسكا بالاصل الظاهر فكان
القول قوله وان اقام احدهما البينة قبلت بينته ولو اقاما جميعا البينة
يقضى ببينة البائع لانها اثبتت امرا بخلاف الظاهر وما شرعت البينات
الا لهذا ولانها اكثر اظهارا لانها تظهر القبض والثمن فكانت اولى بالقبول وكذلك
لو اختلفا في الاستهلاك فادعى البائع على المشتري انه استهلكه فالقول قول
المشتري لما قلنا هذا اذا لم يكن للبينتين تاريخ فاما اذا كان لهما تاريخ وتاريخ
احدهما اسبق فالاسبق اولى في الهلاك والاستهلاك جميعا هذا اذا لم يكن
قبض المشتري المبيع ظاهرا فاما اذا كان ظاهرا فادعى الاستهلاك فان لم
يكن لهما بينة فالقول قول البائع لان الظاهر شاهد له لان المبيع في يد المشتري
وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري
لانه هو المدعي الا ترى انه يدعي امرا باطنا لتزيل به ظاهرا وهو الاستهلاك
من البائع المبيع في يده وكذا المشتري لو ترك الدعوى يترك ولا يجبر عليه
والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليه وهذا عبارة مشايخنا في تحديد
المدعي والمدعى عليه واذا قامت بينة المشتري ينظر ان كان في موضع للبائع
حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بان كان المشتري قبضه بغير اذن البائع
والثمن حال غير منقود يسقط الثمن عن المشتري لانه بالاستهلاك صار
مستردا وانفسخ البيع وان كان في موضع له حق الاسترداد للحبس بان كان المشتري
قبض المبيع باذن البائع او بغير اذنه لكن الثمن منقود او مؤجل فللمشتري
ان يضمن البائع قيمة المبيع لانه اذا لم يكن له حق الاسترداد لم يحصل بالاستهلاك
مستردا ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستهلاك في ضمان البائع كما لو استهلكه اجنبي
والله اعلم ولو اشترى بفلوس نافقة ثم كسدت قبل القبض انفسخ عند ابي حنيفة
رحمه الله وعلى المشتري رد المبيع ان كان قائما وقيمته او مثله ان كان هالكا
وعند ابي يوسف ومحمد لا يبطل والبائع بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ

م المشتري صح

م انه استهلكه وادعى على البائع صح

م فلزمه القيمة

اذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت

م البيع صح

قيمة

قيمة الفلوس وجه قولهما ان الفلوس في الذمة وما في الذمة لا يحتمل الهلاك
فلا يكون الكساد هلاكا بل يكون عيبا فيها فيوجب الخيار ان شاء فسخ وان شاء
اخذ قيمة الفلوس كما اذا كان الثمن رطبا فانقطع قبل القبض ولابي حنيفة
رحمه الله ان الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمنا لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح
فاذا ترك الناس التعامل بها عددا فقد زال عنها صفة الثمنية ولا بيع بلا
ثمن فينفسخ ضرورة ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها او غلت لا ينفسخ
البيع بالاجماع وعلى المشتري ان ينقد مثلها عددا ولا يلتفت الى القيمة هاهنا
لان الرخص او الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية الا ترى ان الدراهم قد ترخص
وقد تغلو وهي على حالها اثمان ثم اختلف ابو يوسف ومحمد فيما بينهما في وقت
اعتبار القيمة فاعتبر ابو يوسف وقت العقد لانه وقت وجوب الثمن
واعتبر محمد وقت الكساد وهو اخر يوم ترك الناس التعامل بها لانه وقت
العجز عن التسليم ولو استقرض فلوسا نافقة وقبضها فكسدت فعليه
رد مثل ما قبض من الفلوس عددا في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد
عليه قيمتها وجه قولهما ان الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض وبالكساد
عجز عن رد المثل لخروجها عن حد الثمنية وصيرورتها سلعة فيجب عليه
قيمتها كما لو استقرض شيئا من ذوات الامثال وقبضه ثم انقطع عن ايدي
الناس ولابي حنيفة ان اثر الكساد في بطلان الثمنية وانه لا يمنع جواز الرد
بدليل انه لو استقرضها بعد الكساد جاز ثم اختلفا في وقت القيمة على ما
ذكرنا ولو لم تكسد ولكنها رخصت او غلت فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف
لما ذكرنا ان صفة الثمنية باقية ولو اشترى بدرهم فلوسا وتقابضا وافترقا ثم
استحقت الفلوس من يده واخذها المستحق لا يبطل العقد لان بالاستحقاق
وان انتقض القبض والتحق بالعدم فيصير كان الافتراق حصل عن قبض
الدرهم دون الفلوس وهذا لا يوجب بطلان العقد وعلى بائع الفلوس
ان ينقد مثلها وكذلك ان استحق بعضها واخذ قدر المستحق لا يبطل البيع
لما قلنا وعلى بائع الفلوس ان ينقد مثل القدر المستحق وكذلك اذا وجد
المشتري الفلوس من الفلوس الكاسدة لا يبطل البيع لان قبض احد البدلين فيما
لا يتضمن الربا يكفي لبقاء العقد على الصحة وقد وجد قبض احدهما وهو
الدرهم ولو كان المشتري قبض الفلوس ولم ينقد الدرهم وافترقا ثم استحقت
الفلوس فالمستحق بالخيار ان شاء اجاز نقد البائع فيجوز العقد لان الاجازة

م البيع

م الناس

اذا غلت الفلوس او رخصت

م اعتبار صح

استندت الي حالة العقد فجاز النقد والعقد ويرجع المستحق علي بايع
الفلوس بمثلها وينقد المشتري الدرهم لبايع الفلوس وان شا لم يجز
واخذ الفلوس فقد انتقض القبض والتحق بالعدم فتبين ان افتراقهما
حصل لا عن قبض اصلا فبطل العقد وكذلك لو استحق بعض الفلوس فحكم
البعض كحكم الكل وقد ذكرناه ولو وجد الفلوس كاسدة لا تروج بطل
العقد لانه ظهر انهما افترقا من غير قبض وان وجدها تروج في بعض
التجارات ولا تروج في البعض او يأخذها البعض دون البعض فحكمها
حكم الدراهم الزايفة ان تجوز بها المشتري جاز لانها من جنس حقه
اصلا وان لم يتجوز بها فالقياس ان يبطل العقد في المردود قل او كثر
وهو قول زفر وعند ابي يوسف ومحمد ان لم يستبدل في مجلس الرد
يبطل وان استبدل لا يبطل وعند ابي حنيفة ان كان قليلا فاستبدل
لا يبطل وان كان كثيرا يبطل علي ما ذكرنا في السلم والله اعلم واما
بيان صفة الحكم فله صفتان احدهما اللزوم حتي لا ينفرد احد العاقدين
بالفسخ سوا كان بعد الافتراق عن المجلس او قبله عندنا وعند الشافعي
لا يلزم الا بعد الافتراق عن المجلس وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين
فيما تقدم والثانية الحلول وهو ثبوت الملك في البدلين للحال لانه
تمليك بتمليك وهو ايجاب الملك من الجانبين للحال فيقتضي ثبوت الملك
في البدلين في الحال بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار يمنع انعقاد
العقد في حق الحكم فيمنع وقوعه تمليكا للحال وبخلاف البيع الفاسد
فان ثبوت الملك فيه موقوف علي القبض فيصير تمليكا عنده والله اعلم
واما الاحكام التي من التوابع للحكم الاصلي للبيع فمنها وجوب تسليم المبيع
والثمن والكلام في هذا الحكم في مواضع احدها في بيان وجوب تسليم
البدلين وما هو من توابع تسليمهما والثاني في بيان وقت وجوب تسليمهما
والثالث في تفسير التسليم والقبض والرابع في بيان ما يصير المشتري
به قابضا للمبيع من التصرفات وما لا يصير اما الاول فتسليم البدلين
واجب علي العاقدين لان العقد اوجب الملك في البدلين ومعلوم ان الملك
لا يثبت لعينه وانما يثبت وسيلة الي الانتفاع بالمملوك ولا يتهيا الانتفاع
به الا بالتسليم فكان ايجاب الملك في البدلين شرعا ايجابا لتسليمهما ضرورة
ولان معني البيع لا يحصل الا بالتسليم والقبض لانه عقد مبادلة وهو مبادلة

وبطل العقد لانه لما لم يجز واخذ الفلوس صح

هي صح

شي مرغوب

183

شي
مرغوب بشي مرغوب وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض لانها اخذ بدل
واعطا بدل وانما قول البيع والشرا وهو الايجاب والقبول جعل دليلا
عليهما ولهذا كان التعاطي بيعا عندنا علي ما ذكرنا والله اعلم وعلي هذا يخرج
اجرة الكيال والوزان والعداد والذراع في بيع المكيل والموزون والمعدود
والمذروع مكايلة وموازنة ومعاددة ومذارعة انها علي البايع اما
اجرة الكيال والوزان فلانها من مونات الكيل والوزن والكيل والوزن
فيما بيع مكايلة وموازنة من تمام التسليم علي ما نذكر والتسليم علي
البايع فكانت مونة التسليم عليه والعد في المعدود الذي بيع معدودا
بمنزلة الكيل والوزن في المكيل والموزون عند ابي حنيفة رحمه الله فكان
من تمام التسليم فكانت مونته علي من عليه التسليم وعندهما من باب
تاكيد التسليم فكان من توابعه كالذرع فيما بيع مذارعة وكانت
مونته علي من عليه التسليم وهو البايع وكذا اجرة وزان الثمن علي المشتري
لما قلنا واما اجرة ناقد الثمن فعن محمد فيه روايتان وروى ابن رستم
عنه انها علي البايع لان حقه في الجيد والنقد لتمييز حقه فكانت مونته
عليه وروى ابن سماعة عنه ان البايع ان كان لم يقبض الدراهم فعلي المشتري
لان عليه تسليم ثمن جيد فكانت مونة تسليمه عليه ولو كان قد قبضها
فعلي البايع لانه قبض حقه ظاهرا وانما يطلب بالنقد اذا ادي فكان
الناقد عاملا له فكانت اجرة عمله عليه واما بيان وقت الوجوب
فالوجوب علي التوسع يثبت عقيب العقد بلا فصل واما علي التضييق
فان تبايعا عينا بعين وجب تسليمهما معا اذا طالب كل واحد منهما
صاحبه بالتسليم لما ذكرنا ان المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة
المتعاقدين عادة وتحقيق التساوي ها هنا في التسليم معا لما ذكرنا انه
ليس احدهما بالتقديم اولي من الاخر وكذلك ان تبايعا دينا بدين
لما قلنا وان تبايعا عينا بدين يراعي فيه الترتيب عندنا فيجب علي المشتري
تسليم الثمن اولا لان تحقيق التساوي فيه علي ما بينا فيما تقدم والله اعلم
واما تفسير التسليم والقبض فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية
والتخلي وهو ان يخلي البايع بين المبيع وبين المشتري برفع الحايل
بينهما علي وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البايع مسلما
للمبيع والمشتري قابضا له وكذا تسليم الثمن من المشتري الي البايع وقال

اذا طالبه البايع تجب علي البايع
تسليم المبيع اذا طالبه المشتري صح

التسليم والقبض

الشافعي القبض في الدار والعقار والاشجار بالتخلية واما في الدراهم والدنانير
فبتناولهما بالبراجم وفي الثياب بالنقل وكذا في الطعام اذا اشتراه مجازفة
واذا اشتراه مكايلة بالكيل وفي العبد والبهيمة بالسير من مكانه وجه
قوله ان الاصل في القبض هو الاخذ بالبراجم لانه القبض حقيقة الا ان فيما لا
يحتمل الاخذ بالبراجم اقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل وفيما لا يحتمله
اقيمت التخلية مقامه ولنا ان تسليم الشي في اللغة عبارة عن جعله سالما
خالصا يقال سلم فلان لفلان اي يخلص له وقال الله تعالى ورجلا سالما
لرجل اي سالما خالصا له لا يشركه فيه احد فتسليم المبيع الى المشتري هو
جعل المبيع سالما للمشتري خالصا له بحيث لا ينازعه فيه احد وهذا
يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليما من البايع والتخلي قبضا من المشتري
وكذا هذا في تسليم الثمن الى البايع لان التسليم واجب ومن عليه الواجب
لا بد وان يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه والذي في وسعه
هو التخلية ورفع الموانع فاما الاقباض فليس في وسعه لان القبض بالبراجم
فعل اختياري للقابض فلو تعلق وجود التسليم به لتعذر عليه الوفا
بالواجب وهذا لا يجوز ثم لا خلاف بين اصحابنا رحمهم الله في ان اصل القبض
يحصل بالتخلية في ساير الاموال واختلفوا في انها هل هي قبض تام فيها
ام لا وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلوا اما ان يكون مما له مثل واما ان يكون
مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة
فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف حتى لو اشترى مذروعا مذارعة او
معدودا معاددة ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البايع ويجوز له بيعه
والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف وان كان مما له مثل فان باعه
مجازفة فكذلك لانه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة وان باع مكايلة
او موازنة في المكيل والموزون وخلى فلا خلاف في ان المبيع يخرج عن
ضمان البايع ويدخل في ضمان المشتري حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل
والوزن يهلك على المشتري وكذا لا خلاف في انه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع
به قبل الكيل والوزن وكذا لو اكتاله المشتري او اتزنه من بايعه ثم باعه
مكايلة او موازنة من غيره لم يحل للمشتري منه ان يبيعه او ينتفع به
حتى يكيله او يزنه ولا يكتفي باكتيال البايع او اتزانه من بايعه وان كان
ذلك بحضرة هذا المشتري لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه

نهى

نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري وروي انه
نهى عن بيع الطعام حتى يكتال لكن اختلفوا في ان حرمة التصرف قبل الكيل والوزن
لانعدام تمام القبض بانعدام الكيل او الوزن او شرعا غير معقول المعنى مع
حصول القبض بتمامه بالتخلية قال بعض مشايخنا انها تثبت شرعا
غير معقول المعنى وقال بعضهم الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام
بالكيل او الوزن وكما لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون قبضه
اصلا لا يجوز بدون قبضه بتمامه وجه قول الاولين ما ذكرنا ان معنى
التسليم والتسلم يحصل بالتخلية لان المشتري يصير سالما خالصا للمشتري
على وجه يتهيا له تقليبه والتصرف فيه على حسب مشيته وارادته
ولهذا كانت التخلية تسليما وقبضا فيما لا مثل له وفيما له مثل اذا بيع
مجازفة ولهذا المبيع في ضمان المشتري بالتخلية نفسها بلا خلاف دل
ان التخلية قبض الا ان حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه
ثبت تعبدا غير معقول المعنى والله اعلم وجه قول الاخرين تعليل
محمد رحمه الله في هذه المسألة في كتاب البيوع فانه قال ولا يجوز للمشتري
ان يتصرف فيه قبل الكيل لانه باعه قبل ان يقبضه ولم يرد به اصل
القبض لانه موجود وانما اراد به تمام القبض والدليل على ان الكيل
والوزن في المكيل والموزون الذي بيع مكايلة وموازنة من تمام القبض
ان القدر في المكيل والموزون معقود عليه الا ترى انه لو كيل فازداد لا
يطيب له الزيادة بل يرد ولو نقص يطرح بحصته شي من الثمن ولا
يعرف القدر فيهما الا بالكيل والوزن لاحتمال الزيادة والنقصان فلا
يتحقق قبض المعقود عليه الا بالكيل والوزن فكان الكيل والوزن
فيه من تمام القبض ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه بتمامه
كما لا يجوز قبل قبضه اصلا ورأسا بخلاف المذروعات لان القدر فيها ليس
معقودا عليه بل هو جار مجرى الوصف والاوصاف لا تكون معقودا عليها
ولهذا سلمت الزيادة للمشتري بلا ثمن وفي النقصان لا يسقط عنه
شي من الثمن فكانت التخلية فيها قبضا تاما فيكتفى بها في جواز
التصرف قبل الذرع بخلاف المكيلات والموزونات على ما بينا الا انه
يخرج عن ضمان البايع بالتخلية نفسها لوجود القبض باصله والخروج
لا بوصف الكمال فاما جواز التصرف فيه فيستدعي قبضا كاملا لورود
النهي عن بيع ما لم يقبض والقبض المطلق هو القبض الكامل والله اعلم

ولو نقص صح

عن ضمان البايع متعلق باصل القبض صح

واما المعدودات المتقاربة اذا بيعت عددا لا جزافا فحكمها حكم المكيلات والموزونات
عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لا يجوز بيعها الا بعد العد وعند ابي يوسف ومحمد
حكمها حكم المذروعات فيجوز بيعها قبل العد وجه قولهما ان العددي
ليس من اموال الربا كالذرعي ولهذا لم تكن المساواة فيه شرطا لجواز العقد
كما لا يشترط في المذروع فكان حكمه حكم المذروع ولابي حنيفة رحمه الله
ان القدر في المعدود معقود عليه كالقدر في المكيل والموزون الا ترى انه لو عد
فوجده زايدا لا تطيب له الزيادة بل يردها او ياخذها بثمنها ولو وجده — م بلا ثمنها صح
ناقصا يرجع بقدر النقصان كما في المكيل والموزون دل ان القدر فيه معقود
عليه واحتمال الزيادة والنقصان في عدد المبيع ثابت فلا بد من معرفة قدر
المعقود عليه وامتيازه من غيره ولا يعرف قدره الا بالعد فاشبه المكيل
والموزون ولهذا كان العد فيه بمنزلة المكيل والموزون في ضمان العدوان
الا انه لم يجر فيه الربا لان المساواة بين واحد وواحد في العد ثبتت
باصطلاحهم واهدارهم التفاوت بينهما في الصغر والكبر لكن ما ثبت — م الناس صح
باصطلاح الناس جاز ان يبطل باصطلاحهم ولما تبايعا واحدا باثنين
فقد اهدرا اصطلاح الاهدار واعتبرا الكبر لانهما قصدا تصحيح البيع — العدد صح
ولا صحة الا باعتبار الكبر وسقوط العد فكان احدهما من احد الجانبين
بمقابلة الكبير من الجانب الاخر فلا يتحقق الربا اما هاهنا لا بد من اعتبار
لا بد من اعتبار العد اذا بيع عددا واذا اعتبر العد لا يجوز التصرف فيه
قبل القبض كما في المكيل والموزون بخلاف المذروع فان القدر فيه ليس
بمعقود عليه على ما بينا وكانت التخلية فيه قبضا تاما فكان تصرفا في
المبيع المنقول بعد القبض وانه جائز والله اعلم ولو كاله البايع او وزنه
بحضرة المشتري كان ذلك كافيا ولا يحتاج الى اعادة الكيل لان المقصود
يحصل بكيله مرة واحدة بحضرة المشتري وما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع
وصاع المشتري محمول على موضع مخصوص وهو ما اذا اشترى مكيلا مكايلة
فاكتاله ثم باعه من غيره مكايلة لم يجز لهذا المشتري التصرف فيه حتى
يكيله وان كان هو حاضرا عند اكتيال بايعه ولا يكتفي بذلك وكذا اذا — اشترى صح
اسلم الى رجل في حنطة فلما حل الاجل المسلم اليه قدر المسلم فيه من
رجل مكايلة وامر رب السلم بقبضه فانه لا يجوز له التصرف فيه ما

لم يكيل له مرتين مرة للمسلم اليه ومرة لنفسه بالنص ولو كان مكان
السلم قرض بان استقرض المستقرض كرا من انسان وامر المقرض
بقبض الكر فانه يكتفى فيه بكيل واحد للمشتري والمستقرض ووجه
الفرق ان الكيل والوزن فيما عقد بشرط الكيل والوزن في المكيل والموزون
شرط جواز التصرف فيهما لانه من تمام القبض على ما بينا والسلم عقد
بشرط الكيل للمسلم اليه ليصير قابضا لنفسه لان القبض بالكيل في
باب البيع لاندفاع جهالة المعقود عليه بتمييز حق المشتري عن حق
البايع والقرض يقبل نوع جهالة فلا يشترط له القبض ولان الاقراض
اعارة عندنا فالمقبوض من بدل القرض كانه عين حقه فصار كما لو
اعار عينا ثم استرده فيصح قبضه بدون الكيل وانما يجب كيل واحد
للمشتري لا غير والله اعلم واما بيان ما يصير المشتري به قابضا للمبيع
من التصرفات وما لا يصير به قابضا فنقول وبالله التوفيق المبيع لا
يخلو اما ان يكون في يد البايع واما ان يكون في يد المشتري فان كان في يد
البايع فاتلفه المشتري صار قابضا له لانه صار قابضا بالتخلية فبالاتلاف
اولى لان التخلية تمكين من التصرف في المبيع والاتلاف تصرف فيه حقيقة
والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف وكذلك لو قطع يده او شج
راسه وكل تصرف ينقص منه شيئا لان هذه الافعال في الدلالة على التمكين
فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضا فبها اولى وكذلك لو فعل البايع شيئا
من ذلك بامر المشتري لان فعله بامر المشتري بمنزلة فعل المشتري
بنفسه ولو اعتقه المشتري يصير قابضا لان الاعتاق اتلاف فحكما
فيلحق بالاتلاف حقيقة وكذا لو دبره او استولد الجارية اي اقر انها ام ولده
لان التدبير والاستيلاد تنقيص حكما فكان ملحقا بالتنقيص حقيقة ولو
زوج المبيع بان كان جارية او عبدا فالقياس ان يصير قابضا وهو رواية
عن ابي يوسف وفي الاستحسان لا يصير قابضا وجه القياس ان التزويج
تعييب الا ترى ان الزوجية عيب يرد بها واذا كانت الزوجية عيبا كان
التزويج تعييبا والتعييب قبض وجه الاستحسان انه تعييب حكما
لا حقيقة لانه لا يوجب نقصان المحل ولا نقصان الملك فيه فلا يصير قابضا
وكذا لو اقر عليه بالدين فالقياس ان يصير قابضا لان الدين عيب حتى يرد
به وفي الاستحسان لا يصير قابضا لانه تعييب حكمي وانه لا يوجب النقصان

م والمسلم اليه اشترى بشرط الكيل فلا بد ان يكيل رب السلم اولا للمسلم اليه ليصير قابضا له فيجعل كان المسلم اليه قبضه لنفسه من البايع ثم يكيل لنفسه ما يصير به المشتري قابضا ليصير قابضا لنفسه لان المسلم اليه قابض بدل القرض فليس بشرط لجواز التصرف فيه صح

فلا يكون قبضا ولو وطيها الزوج في يد البايع صار المشتري قابضا لان الوطي اثبات
اليد علي الموطوءة وانه حصل من الزوج بتسليط المشتري فكان من حيث انه
اثبات اليد مضافا الي المشتري فكان قبضا من المشتري ولو اعار المشتري
المبيع البايع او اودعه او اجره لم يكن شي من ذلك قبضا لان هذه التصرفات
لم تصح من المشتري لان يد الحبس بطريق الاصالة ثابتة للبايع فلا يتصور
اثبات يد النيابة له فهذه التصرفات لم تصح والتحقت بالعدم ولو اعاره او
اودعه اجنبيا صار قابضا لان الاعارة والايداع اياه صحيح فقد اثبت يد النيابة
لغيره فصار قابضا ولو ارسل المشتري العبد المبيع الي حاجته صار قابضا
لان ارساله في الحاجة استعمال له بدليل انه صار غاصبا به واستعماله اياه
اثبات يده عليه وهو معني القبض ولو جني اجنبي علي المبيع فاختار
المشتري اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند ابي يوسف
وعند محمد لا يكون قبضا حتي لو توي الضمان علي الجاني بان مات مفلسا كان
التوي علي المشتري ولا يبطل البيع عند ابي يوسف ويتقرر عليه الثمن وعند
محمد يبطل البيع والتوي علي البايع ويسقط الثمن عن المشتري وكذا لو استبدل
المشتري الضمان فياخذ مكانه من الجاني شيا اخر جاز عند ابي يوسف وعند
محمد لا يجوز لان هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض لان القيمة قايمة مقام
العين المستهلكة والتصرف في المعقود عليه قبل القبض لا يجوز لا من البايع ولا
من غيره وكذا المبيع لو كان مصوغا من فضة اشتراها بدينار فاستهلك المصوغ
اجنبي قبل القبض فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان ونقد الدينار
البايع وافترقا قبل ضمان المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند ابي يوسف لان قبض صح
اختياره تضمين المستهلك بمنزلة القبض عنده وعند محمد يبطل الصرف
لعدم القبض وجه قول محمد ان الضمان حكم العين لان قيمة العين قايمة
مقامها ولهذا بقي العقد علي القيمة بعد استهلاك العين ثم العين لو كانت
قايمة فهلكت قبل القبض كان الهلاك علي البايع ويبطل البيع ويسقط الثمن
عن المشتري فكذا القيمة ولابي يوسف ان جناية الاجنبي حصلت باذن
المشتري وامره دلالة فيصير قابضا كما لو فعل بنفسه وبيان ذلك ان اختيار
المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك منه المضمون لان المضمونات تملك باختيار
الضمان مستندا الي وقت سبب الضمان فيصير كان الجناية حصلت بامر المشتري
فيصير قابضا لان فعل الاجنبي بامر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولو

امر

امر المشتري البايع ان يعمل في المبيع عملا فان كان عملا لا ينقصه كالقصارة والغسل
باجر او بغير اجر لا يصير قابضا لان التصرف الذي لا يوجب نقصان المحل مما يملكه
البايع باليد الثابتة كما اذا نقله من مكان الي مكان فكان الامر به استيفا لتلك اليد
فلا يصير قابضا وتجب الاجرة علي المشتري ان كان باجر لان الاجارة قد صحت
لان العمل علي البايع ليس بواجب فجاز ان تقابله الاجرة وان كان عملا ينقصه
يصير به قابضا لان تنقيصه اتلاف جزيه وقد حصل بامره فكان مضافا
اليه كانه فعل بنفسه والله اعلم وعلي هذا يخرج ما اذا اسلم في كر حنطة فلما
حل الاجل امر رب السلم المسلم اليه ان يكيل في غراير المسلم اليه او دفع غرايره اليه
وامره ان يكيله فيها ففعل انه ان كان رب السلم حاضرا يصير قابضا بالتخلية
وان كان غايبا لا يصير قابضا لان الحنطة التي يكيلها المسلم اليه ملكه لا ملك رب
السلم لان حقه في الدين لا في العين فلم يصح امر المشتري اياه بكيلها فلم يصر
وكيلا له فلا تصير في يد رب السلم سوا كانت الغراير قد زالت فاذا كان فيها للمسلم اليه او لرب السلم لان يد رب السلم عن الغراير صح
الحنطة فلم تصر في يد رب السلم فلا يصير قابضا وكذلك لو استقرض من
رجل كرا ودفع اليه غرايره ليكيله فيها ففعل وهو غايب لا يصير قابضا لان
القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر علي ملك المقرض فلم يصح امر المستقرض
اياه بكيله فلا يصير وكيلا له فلا تصير في يد المستقرض كما في السلم
ولو اشتري من انسان كرا بعينه ودفع اليه غرايره وامره ان يكيل فيها ففعل
صار قابضا سوا كان المشتري حاضرا او غايبا لان المعقود عليه معين وقد ملكه
المشتري بنفس العقد فصح امر المشتري لانه تناول عينا هو ملكه فصح امره
فصار البايع وكيلا له وصارت في يد المشتري وكذلك الطحن اذا طحنه المسلم
اليه بامر رب السلم لم يصر قابضا ولو طحنه البايع بامر المشتري صار قابضا
لان الطحن بمنزلة الكيل في الغراير ولو استعار المشتري من البايع غرايره وامره
ان يكيله فيها ففعل فان كان المشتري حاضرا يصير قابضا بالتخلية بالاجماع
وان كان غايبا لا يصير قابضا عند محمد ما لم يسلم الغراير اليه سوا كانت
الغراير بغير عينها او بعينها وقال ابو يوسف ان كانت بعينها صار المشتري
قابضا بنفس الكيل فيها وان كانت بغير عينها بان قال اعرني غرارة وكل فيها
لا يصير قابضا وجه قول محمد ان الغراير عارية في الوجهين جميعا ولم يقبضها
والعارية لا حكم لها بدون القبض فبقيت بدون في يد البايع فبقي ما فيها في
يد البايع ايضا فلا يصير المشتري قابضا الا بتسليم الغراير اليه ولابي يوسف

الفرق بين حالة التعيين وعدم التعيين وهو ان الغرائر اذا كانت معينة مشارا
اليها فان لم يمكن تصحيح التعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث
اقامتها مقام بدع واذا لم تكن معينة فلا وجه للاعارة بوجه وقول محمد رحمه
الله اظهر والله اعلم ولو اشترى كرا بعينه وله على البايع كر دين فاعطاه جوالقا وقال
له كلها فيه ففعل صار قابضا لهما سوا كال المبيع اولا او الدين وهذا قول
ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان كال المبيع اولا يصير قابضا لهما
كما قال ابو يوسف وان كال الدين اولا لم يصر قابضا للدين وكان قابضا
للعين وكانا شريكين فيه وجه قول محمد ان نفس الكيل في الدين ليس بقبض
لما ذكرنا فاذا ابدا بكيله لم يصر المشتري قابضا له ثم اذا كال الدين بعد
فقد استهلك العين بالخلط فقام ذلك الدين مقام العين فصار قابضا له

فاذا كال العين بعده فقد خلط ملك المشتري بملك نفسه فاشتركا في المخلوط ونفس الكيل في العين قبض فاذا ابدا بكيله صار المشتري قابضا له صح

وجه قول ابي يوسف ان البايع خلط ملك المشتري بملك نفسه في
الحال بامر المشتري فكان مضافا الى المشتري والخلط من اسباب التمليك في
الجملة فملك المشتري الدين بالخلط وقد جعله في غرايره بامره فصار
قابضا له والله اعلم ولو باع قطنا في فراش او حنطة في سنبل وسلم كذلك
فان امكن المشتري قبض القطن او الحنطة من غير فتق الفراش او دق السنبل
صار قابضا له لحصول معنى القبض وهو التخلي والتمكن من التصرف وان لم
يمكنه الا بالفتق والدق لم يصر قابضا له لانه لا يملك الفتق والدق لانه
تصرف في ملك البايع وهو لا يملك التصرف في ملكه فلم يحصل التمكن والتخلي
فلا يصير قابضا ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك صار قابضا لانه يمكنه
الجذاذ من غير تصرف في ملك البايع فحصل التخلي بتسليم الشجر فكان
قبضا بخلاف بيع القطن في الفراش والحنطة في السنبل ولهذا قالوا ان
اجرة الجذاذ على المشتري واجرة الفتق والدق على البايع اذا كان المشتري
لا يمكنه القبض الا به لانه جعل قابضا للثمر بتسليم الشجر فكان الجاذ عاملا
للمشتري فكانت الاجرة عليه ولم يحصل القبض بتسليم الفراش والسنبل
فكان الفتق والدق على البايع مما يتحقق به التسليم فكانت اجرته عليه
والله اعلم هذا اذا كان المبيع في يد البايع وقت البيع فاما اذا كان

بلغ

في يد البايع وقت البيع فاما اذا كان في يد المشتري فهل يصير قابضا

المشتري

للبيع بنفس العقد ام يحتاج فيه الى تجديد القبض فالاصل فيه ان الموجود
وقت العقد ان كان مثل المستحق بالعقد ينوب منابه وان لم يكن مثله فان

كان اقوى من المستحق ناب عنه وان كان دونه لا ينوب لانه اذا كان مثله امكن
تحقيق التناوب لان المتماثلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه
ويسد مسده وان كان اقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وان كان دونه
لا يوجد فيه الا بعض المستحق فلا ينوب عن كله وبيان ذلك في مسايل
وجملة الكلام فيه ان يد المشتري قبل الشرا اما ان كانت يد ضمان واما
ان كانت يد امانة فان كانت يد ضمان بنفسه كيد الغصب يصير المشتري
قابضا للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديد القبض سوا كان المبيع حاضرا
او غايبا لان المغصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه
فتجانس القبضان فناب احدهما عن الاخر لان التجانس يقتضي التشابه
والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده سوا

م وان كانت يد يد ضمان صح

كان المبيع حاضرا او غايبا لان يد الغاصب يد الحاضر يد ضمان لغيره كيد
الرهن بان باع الراهن المرهون من المرتهن فانه لا يصير قابضا الا ان يكون الرهن
حاضرا او يذهب الى حيث كان الرهن ويتمكن من قبضه لان المرهون ليس
مضمون بنفسه بل بغيره وهو الدين والمبيع مضمون فلم يتجانس القبضان

بنفسه صح

فلم يتجانسا يتشابها فلا ينوب احدهما عن الاخر ولان الرهن امانة في الحقيقة
فكان قبضه قبض امانة وانما يسقط الدين بهلاكه لمعنى اخر لا لكونه مضمونا
على ما عرف واذا كان امانة فقبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان كقبض
العارية والوديعة وان كانت يد المشتري يد امانة كيد الوديعة والعارية
لا يصير قابضا الا ان يكون بحضرته او يذهب الى حيث يتمكن من قبضه بالتخلي
لان يد الامانة ليست من جنس يد الضمان فلا يتناوبان والله اعلم ولو
اختلف البايع والمشتري في قبض المبيع فقال البايع قبضته وقال المشتري لم
اقبضه فالقول قول المشتري لان البايع يدعي عليه وجود القبض وتقرر
الثمن وهو ينكر ولان عدم القبض اصل فكان الظاهر شاهدا للمشتري فكان
القول قوله مع يمينه وكذلك اذا قبض بعضه واختلفا في قبض قدر
المقبوض فالقول قول المشتري لما قلنا ولو اختلفا في قبض الثمن فالقول
قول البايع لما قلنا في قبض المبيع والله اعلم ولو اختلفا فقال البايع للمشتري
قطعت يده فصرت قابضا وقال المشتري للبايع انت قطعت يده والفسخ
البيع لم يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه وجعل كان يده ذهبت بافة
سماوية لتعارض الدعوتين وانعدام دليل الترجيح لاحدهما فلا يكون قول

م والوجود يعارض فكان المشتري متمسكا بالاصل والبايع مدعيا امرا عارضا صح

في م

احدهما بالقبول على صاحبه اولى من قبول الاخر فلا يقبل ويجعل كانها ذهبت
بآفة سماوية ويخير المشتري لتغير المبيع قبل القبض فان شاء اخذ الباقي
بجميع الثمن وان شاء رده على البايع فان اختار الاخذ حلف كل منهما على دعوى
صاحبه ويأخذ كذا ذكر القدوري في شرحه اما تحليف البايع فلا اشكال
فيه لان المشتري يدعي عليه سقوط بعض الثمن وهو ينكر فيحلف لانه
اذا حلف لا يسقط عن المشتري شي من الثمن فكان تحليفه مفيدا واما تحليف
المشتري فمشكل لانه لا يفيد شيا لانه يأخذ بعد الحلف بكل الثمن وكذا
فيما اذا اختار المشتري الرد على البايع لانه لا يحلف البايع بل يحلف المشتري
وحده لان تحليف البايع لا يفيد شيا حتى يرده عليه وكذلك لو كان
المبيع مما يكال او يوزن فذهب بعضه واختلفا فقال البايع للمشتري
انت اكلته وقال المشتري للبايع مثل ذلك انه لا يقبل قول واحد منهما
على صاحبه ويجعل كانه ذهب بعضه بآفة لما قلنا ويخير المشتري لتفرق
الصفقة الا ان هاهنا ان اختار الاخذ اخذ الباقي بما بقي من الثمن لان القدر
في المكيل والموزون معقود عليه وكان له حصة من الثمن والاطراف من
الحيوان جارية مجرى الاوصاف فلا يقابلها الثمن الا اذا صارت مقصودة
بالقبض او بالجناية على ما بينا فيما تقدم وذكر القدوري هاهنا ايضا انه يحلف
كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ ولا اشكال هاهنا في تحليف
المشتري لان التحليف مفيد في حقه لان البايع يدعي عليه كل الثمن وهو
ينكر فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيدا واما تحليف البايع
ففيه اشكال لان المشتري يدعي عليه سقوط بعض الثمن وذا حاصل
له من غير تحليفه فلم يكن تحليفه مفيدا في حقه فينبغي ان لا يحلف وان
اختار الرد على البايع حلف المشتري وحده دون البايع لما قلنا فان اقام
احدهما البينة قبلت بينته لانها قامت على امر جايز الوجود وان اقاما
البينة فالبينة بينة البايع لانها مثبتة الاثر لانها توجب دخول السلعة
في ضمان المشتري وتقرر الثمن عليه وبينة المشتري نافية فالمثبتة اولى
والله اعلم ومنها ثبوت حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن وهذا عندنا وقال
الشافعي رحمه الله في قول يسلمان معا وفي قول يسلم المبيع اولا ثم يسلم الثمن
اما قوله الاول فبنا على اصله الذي ذكرنا فيما تقدم وهو ان الثمن والمبيع من
الاسما المترادفة عنده ويتعين كل واحد منهما بالتعيين فكان كله ثمنا مبيعا

وكل مبيع ثمنا والله اعلم واما قوله الثاني وهو ان في تقديم تسليم المبيع صيانة
العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع وليس ذلك في تقديم تسليم الثمن لانه لو هلك
المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وان قبض الثمن فكان تقديم تسليم المبيع اولى
صيانة للعقد عن الانفساخ ~~لانه لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وان~~
~~قبض الثمن فكان تقديم تسليم المبيع اولى صيانة للعقد عن الانفساخ~~ ما امكن
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الدين مقضي وصف الدين بكونه مقضيا
عاما او مطلقا فلو تاخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين
مقضيا وهذا خلاف النص وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
ثلاث لا يوخرن الجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت لها كفوا والدين
اذا وجدت ما تقضيه وتقديم تسليم المبيع تاخير الدين وانه منفي
بظاهر النص لان المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ولا تتحقق
المساواة الا بتقديم تسليم الثمن لان المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين
الا بالتسليم على اصلنا فلا بد من تسليمه اولا تحقيقا للمساواة قوله فيما قلته
صيانة العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع قلنا هلاكه قبل تسليم الثمن نادر
والنادر ملحق بالعدم فيلزم اعتبار معنى المساواة في ذلك ثم الكلام في هذا
الحكم في موضعين احدهما في بيان شرط ثبوت هذا الحكم والثاني
في بيان ما يبطل به بعد ثبوته اما شرط ثبوته فشيان احدهما ان
يكون احد البدلين عينا والاخر دينا فان كانا عينين او دينين فلا يثبت
حق الحبس بل يسلمان معا لما ذكرنا فيما تقدم والثاني ان يكون الثمن حالا
فان كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس لان ولاية الحبس تثبت حقا للبايع لطلب
المساواة عادة على ما بينا ولما باع بثمن مؤجل فقد اسقط حق نفسه فبطلت
الولاية ولو كان الثمن مؤجلا في العقد فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الاجل
فله ان يقبضه قبل نقد الثمن وليس للبايع الحبس لانه اسقط حق نفسه م حق صح
بالتاجيل والساقط متلاشي فلا يحتمل العود وكذلك لو طرى الاجل على
العقد بان اخر الثمن بعد العقد فلم يقبض المبيع حتى حل الاجل له ان يقبضه
قبل نقد الثمن ولا يملك البايع حبسه لما قلنا ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض
المشتري حتى مضى الاجل هل له اجل اخر في المستقبل ينظر ان ذكر اجلا مطلقا
بان ذكر سنة مطلقة غير معينة فله اجل اخر وهو سنة اخرى من حين
يقبض المبيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد الثمن حال وليس له اجل

اخر وان ذكرا اجلا بعينه بان باعه الي رمضان فلم يقبضه المشتري حتي مضي
رمضان صار الثمن حالا بالاجماع وجه قولهما ان السنة المطلقة تنصرف
الي سنة تعقب العقد بلا فصل فاذا مضي انتهي الاجل كما لو عين الاجل نصا
ولابي حنيفة رحمه الله ان التاجيل في الثمن شرع نظرا للمشتري لينتفع
بالمبيع في الحال مع تاخر المطالبة بالثمن ولن يحصل هذا الغرض له الا ان
يكون اعتبار الاجل من وقت قبض المبيع فكان هذا تاجيلا من هذا الوقت
دلالة بخلاف ما اذا عين الاجل لانه نص علي تعينه فوجب اعتبار المنصوص
عليه اذ لا دلالة مع النص بخلافه ولو كان في البيع خيار الشرط لهما او لاحدهما
والاجل مطلق فابتدا الاجل من حين وجوب العقد وهو وقت سقوط
الخيار لا من حين وجوده لان تاجيل الثمن هو تاخيره عن وقت وجوبه
ووقت وجوبه هو وقت وجوب العقد وانبرامه لا قبله اذ لا وجوب
للثمن قبله والله اعلم واما بيان ما يبطل به الحبس بعد ثبوته وما لا حق صح
يبطل فنقول وبالله التوفيق اذا اخر الثمن بعد العقد بطل حق الحبس
لانه اخر حق نفسه في قبض الثمن فلا يتاخر حق المشتري في قبض
المبيع وكذا المشتري اذا نقد الثمن كله او ابراه البايع عن كله بطل حق
الحبس لان حق الحبس لاستيفا الثمن واستيفا الثمن ولا ثمن محال ولو البيع
نقد الثمن كله الا درهما كان له حق حبس المبيع جميعه لاستيفا الباقي
لان المبيع في استحقاق الحبس بالثمن لا يتجزي فكان كل المبيع محبوسا
بكل جزء من اجزا الثمن وكذلك لو باع شيين صفقة واحدة وسمي
لكل واحد منهما ثمنا فنقد المشتري حصة احدهما كان للبايع حبسهما
حتي يقبض حصة الاخر لما قلنا ولان قبض احدهما دون الاخر تفريق
الصفقة الواحدة في حق القبض والمشتري لا يملك تفريق الصفقة
الواحدة في حق القبول بان يقبل الايجاب في احدهما دون الاخر فلا يملك
التفريق في حق القبض ايضا لان للقبض شبها بالعقد وكذلك لو ابراه من
حصة احدهما فله حبس الكل لاستيفا الباقي لما ذكرنا وكذلك لو ابراه باع
من اثنين فنقد احدهما حصته كان له حق حبس المبيع حتي يقبض ما
علي الاخر وروي عن ابي يوسف في النوادر انه اذا نقد احدهما نصف
الثمن ياخذ نصف المبيع ووجهه ان الواجب علي كل واحد منهما نصف الثمن
فاذا ادي النصف فقد ادي ما وجب عليه فلا معني لتوقف حقه في قبض

المبيع

189

المبيع علي ادا صاحبه ولانه لو توقف وصاحبه مختار في الادا قد يودي وقد لا يودي
فيفوت حقه اصلا ورا سا وهذا لا يجوز ولهذا جعل التخلية والتخلي تسليما وقبضا
في الشرع علي ما ذكرنا فيما تقدم وجه ظاهر الرواية علي نحو ما ذكرنا ان المبيع في
حق استحقاق الحبس بالثمن لا يحتمل التجزي فكان استحقاق بعضه استحقاق كله
وما ذكرنا ان الصفقة واحدة فلا تحتمل التفريق في القبض كما لا تحتمله في القبول
فان غاب احدهما لم يجبر الاخر علي تسليم كل الثمن لان الثمن الواجب علي كل واحد
منهما نصف الثمن لا كله فلا يواخذ بتسليم كله فان اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن
وقبض العبد هل يكون متبرعا فيما نقد ام لا اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد رحمه
الله عليهما لا يكون متبرعا وله ان يحبسه عن الشريك الغايب حتي يستوفي ما نقد
عنه وقال ابو يوسف هو متطوع في حصته وجه قوله ظاهر لانه قضي دين
متبرعا كما في سائر الديون صح صاحبه بغير امره فيكون وجه قولهما ظاهر لانه قضي دين صاحبه بامره
دلالة فلا يكون متبرعا كما لو قضاه بامره نصا ودلالة ذلك انه لما غاب قبل نقد
الثمن مع علمه ان صاحبه استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من
الثمن ولا يمكنه الوصول اليه الا بتسليم كل الثمن كان اذنا له بتسليم حصته
من الثمن فكان قاضيا دينه بامره دلالة فلم يكن متطوعا وصار هذا كمن اعار
ماله انسانا ليرهنه بدينه فرهن ثم افتك المعير من مال نفسه لا يكون متبرعا
ويرجع علي الراهن لان الراهن لما علم انه علق مال الغير بدينه ولا يزول التعلق
الا بالفكاك كان اذنا له بالفكاك دلالة كذا هذا وله حق حبس العبد الي ان يستوفي
ما نقد عنه كما لو نقد بامره نصا ولو ادي جميع الثمن وقبض العبد فهلك في
يده قبل الحبس يرجع علي شريكه بنصف الثمن لانه ادي عنه بامره دلالة
علي ما ذكرنا والله اعلم والرهن بالثمن والكفالة به لا يبطلان حق الحبس
لانهما لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري ولا حق المطالبة به فكانت الحاجة
الي تعيينه بالقبض قايمة فيبقي حق الحبس لاستيفايه واما الحوالة
بالثمن فهل تبطل حق الحبس قال ابو يوسف تبطل سوا كانت الحوالة
من المشتري بان احال المشتري البايع بالثمن علي انسان وقبل المحال
عليه الحوالة او من البايع بان احال البايع غريما له علي المشتري وقال
محمد ان كانت الحوالة من المشتري لا تبطل وللبايع ان يحبس المبيع
حتي يستوفي الثمن من المحال عليه وان كانت من البايع فان كانت مطلقة
لا تبطل ايضا وان كانت مقيدة بما عليه تبطل فابو يوسف اعتبر بقا

حق الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري وذمته برئت من دين المحيل
بالحوالة فبطل حق الحبس ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة لبقاء حق
الحبس وحق المطالبة لم يبطل بحوالة المشتري الا ترى ان له ان يطالب
المحال عليه فلم يبطل حق الحبس وبطلت حوالة البايع اذا كانت مقيدة
بما على المحال عليه فبطل حق الحبس والصحيح اعتبار محمد لان حق الحبس
في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن لا مع قيام الثمن في ذاته بدليل
ان الثمن اذا كان موجلا لا يثبت حق الحبس والثمن في ذمة المشتري
قايم وانما سقطت المطالبة دل ان حق الحبس يتبع حق المطالبة
بالثمن لا قيام الثمن في ذاته وحق المطالبة في حوالة المشتري وحوالة
البايع اذا كانت مطلقة فكان حق الحبس ثابتا وفي حوالة البايع اذا
كانت مقيدة ينقطع فلم ينقطع حق الحبس وعلى هذا الخلاف اذا
احال الراهن المرتهن بدينه على رجل او احال المرتهن غريما له
بدينه الذي له على الراهن حوالة مطلقة او مقيدة انه يبطل حق
المرتهن في حبس الرهن عند ابي يوسف وعند محمد لا يبطل في
حوالة الراهن وكذا في حوالة المرتهن اذا كانت مطلقة وان كانت
مقيدة يبطل ولو اعار البايع المبيع المشتري او اودعه اياه بطل
حق الحبس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه لا يبطل وللبايع ان يسترده وجه هذه الرواية ان عقد الاعارة
والايداع ليس بعقد لازم فكان له ولاية الاسترداد كالمرتهن اذا اعار الرهن
من الراهن او اودعه اياه له ان يسترده لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر
الرواية ان الاعارة والايداع امانة في اليد والمشتري لا يصلح نايبا عن
البايع في اليد لانه اصل في الملك فكان اصلا في اليد فاذا وقعت العارية
او الوديعة في يده وقعتا بجهة الاصالة في اليد فاذا وقعت العارية او
الوديعة وهي يد الملك ويد الملك يد لازمة فلا يملك ابطالها بالاسترداد
بخلاف الرهن في اليد الثابتة بعقد الرهن بمنزلة المالك فيمكن تحقيق فان المرتهن صح
معنى الانابة ويد النيابة لا تكون لازمة فيملك الاسترداد ولو قبض المشتري
المبيع باذن البايع بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد لانه ابطل حقه
بالاذن بالقبض ولو قبض بغير اذنه لم يبطل وله ان يسترده لان حق
الانسان لا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه ولو كان المشتري تصرف فيه

نظر

190

نظر في ذلك فان كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والرهن والاجارة والامهار
فسخه واسترده لانه تعلق به حقه وان كان تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق ق
والتدبير والاستيلاد لا يملك الاسترداد لان الاسترداد للاعادة الى الحبس
اما ان كان مع نقض هذه التصرفات واما ان كان مع قيامها لا سبيل الى
الاول لان هذه التصرفات لا تحتمل النقض ولا سبيل الى الثاني لانها اذا
بقيت كانت الاعادة الى الحبس حبس الحر من كل وجه او من وجه وكل دون وجه صح
ذلك لا يجوز فبطل حق الحبس اصلا وراسا ولو نقد المشتري الثمن فوجده
البايع زيوفا او ستوقا او مستحقا او وجد بعضه كذلك فهذا لا يخلو
اما ان يكون المشتري قبض المبيع واما ان يكون لم يقبض فان كان لم يقبضه
كان له حق الحبس في الفصول كلها لانه تبين انه ما استوفى حقه وان كان
قبضه المشتري ينظر ان كان قبضه بغير اذن البايع فللبايع ان يسترده
في الفصول كلها لما ذكرنا وكذلك ان كان المشتري تصرف في المبيع
فللبايع ان يفسخ تصرفه ويسترد المبيع الا اذا كان تصرفا لا يحتمل الفسخ
فلا يفسخ ويطالب المشتري بالثمن ولو نقد المشتري الثمن قبل ان
يفسخ التصرف الذي يحتمل الفسخ لا يفسخ لانه لما نقد الثمن فقد بطل
حقه في الحبس فبطل حق الفسخ والاسترداد وان كان قبضه باذن البايع ينظر
ان وجده زيوفا فرده لا يملك استرداد المبيع عند اصحابنا الثلاثة
وعند زفر له ان يسترد وهو قول ابي يوسف الاول وجه قول زفر
ان البايع ما رضي بزوال حق الحبس الا بوصول حقه اليه وحقه في الثمن
السليم لا في المعيب فاذا وجده معيبا فلم يسلم له حقه فكان له ان
يسترد المبيع حتى يستوفي حقه كالراهن اذا قضى دين المرتهن وقبض
الرهن ثم ان المرتهن وجد المقبوض زيوفا كان له ان يرده ويسترد
الرهن لما قلنا كذا هذا ولنا ان البايع سلم المبيع بعد استيفا جنس
حقه فلا يملك الاسترداد الا بعد ما استوفى حقه ودلالة ذلك ان
الزيوف جنس حقه من حيث الاصل وانما الفايت صفة الجودة بدليل انه لو
تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لانه
يكون استبدالا ببدل الصرف والسلم وانه لا يجوز واذا كان المقبوض جنس حقه
فتسليم المبيع بعد استيفا جنس الحق يمنع من الاسترداد بخلاف الرهن لان الارتهان ن
استيفا الحق من الرهن والا فتكال ايفا من مال اخر فاذا وجد زيوفا تبين انه

ما استوفى حقه وكان له ولاية الاسترداد والدليل على التفرقة بين الرهن والبيع انه
لو اعار المبيع المشتري بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده ولو اعار المرهون
الراهن لا يبطل حق الحبس وله ان يسترد ولو وجده ستوقا او رصاصا او مستحقا
واخذ منه له ان يسترد بخلاف الزيوف لان البايع انما اذن المشتري بالقبض
على انه استوفى حقه وتبين انه لم يستوف اصلا وراسا لان الستوق
والرصاص ليسا من جنس حقه الا ترى انه لو تجوز بهما في الصرف والسلم
لم يجز واذا كان الاذن بالقبض على تقدير استيفا الحق وقد تبين انه لم يستوف
تبين انه لم يكن اذنا له بالقبض ولا راضيا به فكان له ولاية الاسترداد ولو
كان المشتري تصرف فيه فلا سبيل للبايع عليه سوا كان تصرفا يحتمل الفسخ
كالبيع والرهن والاجارة ونحوها او لا يكون كالاعتاق ونحوه بخلاف ما اذا
قبضه بغير اذن البايع قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفا يحتمل الفسخ
انه يفسخ ويسترد لان هناك لم يوجد الاذن بالقبض فكان التصرف في المبيع
ابطالا لحقه فيرد عليه اذا كان محتملا للرد وها هنا وجد الاذن بالقبض فكان
تصرف المشتري حاصلا عن تسليط البايع فنفذ وبطل حقه في الاسترداد
كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اذا تصرف فيه المشتري انه يبطل حق
البايع في الفسخ الا ان في البيع الفاسد اذا اجر المبيع يفسخ الاجارة وها هنا
لا يفسخ الاجارة لان الاجارة تفسخ بالعذر وقد تحقق العذر في البيع الفاسد
لانه مستحق الفسخ حقا للشرع رفعا للفساد فجعل استحقاق الفسخ بسبب
الفساد عذرا في فسخ الاجارة ولا فساد ها هنا فلا عذر في الفسخ فلا يفسخ
ولو كان مكان البيع كتابة فادى المكاتب بدل الكتابة فعتق ثم وجد المولى
المقبوض زيوفا او مستحقا فالعتق ماض وان وجده ستوقا او رصاصا
لا يعتق لما ذكرنا ان الزيوف من جنس حقه فصار بقبضها قابضا اصل حقه
وكذا قبض الدراهم المستحقة وقع صحيحا ظاهرا واحتمال الاجازة بعد ظهور
الاستحقاق ثابت ايضا والعتق بعد ثبوته ظاهرا لا يحتمل الفسخ بخلاف
ما اذا وجده ستوقا او رصاصا لان ذلك ليس من جنس حقه اصلا وراسا
فلم يوجد ادا بدل الكتابة فلا يعتق تحقق الفرق بينهما اذا حلف لا
يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فقبض ثم وجد المقبوض بعد الافتراق
زيوفا او مستحقا فرد الزيوف او اخذ المالك المستحقة بر في يمينه وان وجده
ستوقا او رصاصا حنث في يمينه والله اعلم ولو قبض المشتري المبيع باذن

البايع ثم افلس او مات قبل نقد الثمن او بعد ما نقد شيا منه وعليه ديون
لاناس شتى هل يكون البايع احق به من ساير الغرما اختلف فيه قال اصحابنا
لا يكون له بل الغرما كلهم اسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص
وقال الشافعي رحمه الله البايع احق به وان لم يكن قبضه حتى افلس
او مات فان كان الثمن موجلا فهو على هذا الاختلاف وان كان حالا
فالبايع احق به بالاجماع احتج الشافعي بما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال اذا افلس المشتري فوجد البايع متاعه
عنده فهو احق به وهذا نص في الباب ولان العجز عن تسليم المبيع
يوجب حق الفسخ للمشتري بالاجماع فان من باع عبدا فابق قبل
القبض او غصب او كانت دابة فضلت للمشتري ان يفسخ البيع
والعجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبايع ايضا لان البيع عقد
معاوضة ومبنى المعاوضات على المساواة ولنا ما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا فوجده وقد افلس الرجل
فهو ماله بين غرمايه وهذا نص وهو عين مذهبنا ولان البايع لم يكن
له حق المبيع حال كون المشتري حيا مليا فلا يكون احق بثمنه بعد حبس صح
موته وافلاسه لان الثمن بدل المبيع قايم مقامه واعتبار الثمن بالمبيع
غير سديد لان بينهما مفارقة في الاحكام الا ترى ان ملك المبيع شرط
جواز العقد وملك الثمن ليس بشرط فانه لو اشترى شيا بدراهم لا يملكها
جاز ولو باع شيا لا يملكه لا يجوز ولذا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول
قبل القبض والتصرف في الثمن قبل القبض جايز وغير ذلك من الاحكام
فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الاطلاق فاسدا والحديث محمول على ما اذا
قبض المبيع بغير اذن البايع وعندنا البايع احق به في هذه الحالة الا انه
ذكر الافلاس وان كان حق الاسترداد لا يتقيد به لان المليء يتمكن من
دفع الاسترداد بنقد الثمن والمفلس لا يتمكن من ذلك فكان ذكر
الافلاس مفيدا حملناه على ما قلنا توفيقا بين الدلايل والله الموفق الاستبرا
ومنها وجوب الاستبرا في شرا الجارية وجملة الكلام فيه ان
الاستبرا نوعان نوع هو مندوب اليه ونوع هو واجب فهو استبرا البايع اما المندوب اليه
اذا وطي جارية واراد ان يبيعها او يخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه
عند عامة العلما وقال مالك انه واجب وجه قوله انه يحتمل شغل

الرحم بما البايع فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبرا كما في جانب المشتري
ولنا ان سبب الوجوب لم يوجد في حق البايع على ما نذكر ان شا الله تعالى
والاعتبار بالمشتري غير سديد لان الوجوب عليه لصيانة مايه عن
الاختلاط بما البايع والخلط يحصل بفعل المشتري لا بفعل البايع فتجب
الصيانة عليه بالاستبرا لا على البايع الا انه يندب اليه لتوهم اشتغال
رحمها بمايه فيكون البيع قبل الاستبرا مباشرة شرط الاختلاف فكان
الاستبرا مستحبا وكذا اذا وطي امته او مدبرته ام ولد ثم اراد ان يزوجها — او
من غيره يستحب له ان لا يفعل حتى يستبريها لما قلنا واذا زوجها قبل الاستبرا
او بعده فللزوج ان يطاها من غير استبرا وقال محمد احب الي ان يستبريها
بحيضة ولست اوجبه عليه وكذلك الرجل اذا راى امراة تزني ثم
تزوجها له ان يطاها من غير استبرا وقال محمد احب الي ان لا يطاها حتى
يستبريها ويعلم فراغ رحمها والله اعلم واما الاستبرا الواجب فهو استبرا
المشتري وكل من حدث له حل الاستمتاع بالجارية بحدوث ملك اليمين
مطلقا والكلام فيه في مواضع في بيان وجوب هذا النوع من الاستبرا
وفي بيان سبب وجوبه وفي بيان ما يقع به الاستبرا اما الاول فالاصل فيه
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس الا لا توطا
الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبران بحيضة والنص الوارد في
السبي يكون واردا في ساير اسباب الملك دلالة ولان الاستبرا طلب
براة الرحم وانه واجب على المشتري لان به تقع الصيانة عن الخلط والخلط
حرام لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يومن بالله
واليوم الاخر فلا يسقين ماه زرع غيره والصيانة عن الحرام تكون
واجبة ولا تقع الصيانة الا بالاستبرا فيكون واجبا ضرورة فلا يحل له
وطيها قبل الاستبرا ولا ان يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها عن شهوة — كل صح
لان ذلك داعي الى الوطي والوطي اذا حرم حرم بدواعيه كما في باب
الظهار وغيره بخلاف الحايض حيث لم تحرم الدواعي منها لان المحرم
هناك ليس هو الوطي بل استعمال الاذى والوطي حرام لغيره وهو استعمال
الاذى ولا يوجد ذلك في الدواعي فلا تحرم والله اعلم واما سبب وجوبه
فهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا يعني به ملك
الرقبة واليد اي سبب حدث الملك من الشرا والسبي والهبة والصدقة

والارث

والارث ونحوها فلا يجب الاستبرا على البايع لانعدام السبب وهو حدوث
الحل ويجب على المشتري لوجود سببه سوا كان بايعه ممن يطا او ممن لا
يطا كالمراة والصبي الذي لا يعقل وسوا كانت الجارية بكرا او ثيبا في
ظاهر الرواية لما قلنا وروي عن ابي يوسف انه اذا علم المشتري انها لم
توطا لا يجب الاستبرا لان الاستبرا طلب براة الرحم وفراغها عما يشغلها
ورحم البكر بريه فارغة عن الشغل ولا معنى لطلب البراة والفراغ والجواب
ان الوقوف على حقيقة الشغل والفراغ متعذر فيتعلق الحكم بالسبب
الظاهر وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا وقد
وجد ولا يجب على من حرم عليه فرج امته بعارض الحيض والنفاس
والردة والكتابة والتزويج اذا زالت هذه العوارض بان طهرت
واسلمت وعجزت وطلقها الزوج قبل الدخول لان حل الاستمتاع لم يحدث
بل كان ثابتا لكن منع منه لغيره وقد زال بزوال العوارض وكذا لم يحدث
ملك اليمين فلم يوجد السبب ولا يجب بشرا جارية لا يحل فرجها بملك
اليمين بان وطيها ابوه او ابنه او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة
[م او كان وطي هو امها او ابنتها او نظر الى فرجهما عن شهوة صح]
او كانت مرتدة او مجوسية ونحو ذلك من الفروج التي لا تحل بملك اليمين
لان فايدة الاستبرا التمكن من الاستمتاع بعد حصوله لانعدام مانع معين
منه وهو اختلاط المايين والاستبرا في هذه المواضع لا يفيد التمكن من
الاستمتاع لوجود مانع اخر وهو ان المحل لا يحتمل الحل ولا يجب على العبد
المكاتب والمدبر لانعدام حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم
الملك لهم قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتسرى العبد ولا يتسرى به مولاه
ولا يملك العبد ولا المكاتب شيا الا الطلاق ولو اشترى جارية من عبده
الماذون ينظر ان لم يكن على العبد دين اصلا او عليه دين غير مستغرق لا
يجب عليه ان يستبريها اذا كانت حاضت عند العبد ويجتزي بتلك
الحيضة لان كسب الماذون الذي لا دين عليه او عليه دين غير مستغرق
[م ملك المولى فقد حاضت في ملك نفسه فيجتزي بها عن الاستبرا وان كان عليه دين مستغرق صح]
رقبته وكسبه يجب عليه الاستبرا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد لا يجب بنا على ان المولى لا يملك كسب عبده الماذون المديون دينا
مستغرقا عنده وعندهما يملكه ولو تبايعا بيعا صحيحا ثم تقايلا فان كانت
الاقالة قبل القبض فالقياس ان يجب الاستبرا على البايع وهو رواية ابي
يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يجب وهو رواية محمد

عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف ومحمد وجه القياس انه وجد سبب
الوجوب في حقه وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة
وانكار الحقايق مكابرة وجه الاستحسان ان الاقالة قبل القبض فسخ
والفسخ رفع من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يزل عن ملك البايع فلم
يوجد السبب مع ان الملك قبل القبض غير متاكد والتاكيد اثبات من
وجه فلم يتكامل الملك للمشتري فلم يحدث ملك اليمين للبايع على الاطلاق
فلم يتكامل السبب وان كانت الاقالة بعد القبض يجب اما عند ابي يوسف فلان
الاقالة بيع جديد وكانت استحداثا للملك مطلقا واما عند ابي حنيفة ومحمد
وان كانت فسخا لكن في حق العاقدين واما في حق ثالث فبيع جديد والاستبرا
يجب حقا للشرع فاعتبر حق الشرع ثالثا في حق وجوب الاستبرا احتياطا
ولو رد الجارية بعيب او خيار روية يجب الاستبرا على البايع لوجود السبب
وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين لان خيار الروية وخيار
العيب لا يمنع ثبوت الملك للمشتري واما الرد بخيار الشرط فينظر فيه
ان كان الخيار للبايع فلا يجب الاستبرا بالاجماع لان خياره لا يمنع زوال
السلعة عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وان
كان الخيار للمشتري لا يجب الاستبرا على البايع عند ابي حنيفة سوا كان الرد
قبل القبض او بعده بنا على ان خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه
عند ابي حنيفة واذا لم يدخل في ملك المشتري وان خرجت عن ملك البايع فكانها
لم تخرج وبقي على ملكه فلم يوجد سبب الوجوب فاما عندهما فان كان
الرد قبل القبض فالقياس ان يجب لانها زالت عن ملك البايع ودخلت في ملك
المشتري فاذا ردت عليه فقد وجد سبب الوجوب في حق البايع وفي الاستحسان
لا يجب لان الرد قبل القبض فسخ محض فيرفع العقد من الاصل كانه لم يكن وان
كان بعد القبض يجب الاستبرا قياسا واستحسانا لانها دخلت في ملك المشتري
وان كان البيع فاسدا فانفسخ وردت الجارية الى البايع فان كان قبل القبض
فلا استبرا على البايع لانها على ملكه فلم يحدث له الحل وان كان بعده فعليه
الاستبرا بالاجماع لوجود السبب ولو اسر العدو الجارية ثم عادت الى
المالك فان كان قبل الاحراز بدار الحرب فلا استبرا على المالك لانعدام السبب
وهو حدوث الحل بحدوث الملك وان كان بعد الاحراز بدارهم وجب لوجود
السبب ولو ابقت من دار الاسلام الى دار الحرب واخذها الكفار ثم عادت الى

صاحبها

صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبرا عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها
فلم يوجد السبب وعندهما عليه الاستبرا لانهم ملكوها لوجود السبب ولو
اشترى جارية مع غيره فلا استبرا عليهما لانعدام السبب وهو حدوث
الحل اذ لا تحل لاحدهما ولو اشترى جارية ولها زوج فقبضها وطلقها
الزوج قبل الدخول بها فلا استبرا على المشتري لانه لم يوجد السبب
وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وقت الشرا لقيام
فراش الزوج وبعد زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث الحل وهو
ملك اليمين وذكر الكرخي ان على قول ابي يوسف يجب الاستبرا على
المشتري ومن هذا استخرجوا لاسقاط الاستبرا حيلة وهو ان يزوج البايع
الجارية ممن يجوز له نكاحها ولم يكن تحته حرة ونحو ذلك من الشرايط
ثم يبيعها ويسلمها الى المشتري ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها فتحل للمشتري
من غير استبرا وان طلقها الزوج قبل القبض ثم قبضها المشتري لا تحل
له وطيها حتى يستبري بها وحيلة اخرى لاسقاط الاستبرا ان يزوجها
البايع من المشتري قبل الشرا والمشتري ممن يجوز له نكاحها بان لم يكن
تحته حرة ونحو ذلك ثم يشتريها فيفسد النكاح ويحل له وطيها
من غير استبرا وهذا الوجه الثاني اولى لانه يسقط عنه جميع المهر
للبايع فيحتاج الى ابرايه عنه ولو كانت الجارية في عدة من زوجها
عدة طلاق او عدة وفاة فاشتراها وقبضها ثم انقضت عدتها فلا
استبرا عليه لان قيام العدة بمنزلة قيام النكاح ولو كانت منكوحة فطلقها
قبل الدخول بها لم يجب الاستبرا كذا هذا وعلى ما ذكره الكرخي على قول
ابي يوسف يجب الاستبرا فان انقضت عدتها قبل القبض لم تعتد بذلك
فلا تحل له حتى يستبري بها بعد القبض بحيضة اخرى في ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف انه يعتد بذلك كما يعتد بالحيضة قبل القبض
عنه وعلى هذا يخرج عدم وجوب الاستبرا في النكاح حتى ان من تزوج
جارية فللزوج ان يطاها من غير استبرا لان السبب لم يوجد وهو
حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين وقال محمد احب الي ان يستبري بها
بحيضة ولست اوجبه عليه وذكر الكرخي وقال لا استبرا عليه في
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستبريها الزوج استحسانا وجه
قول ابي يوسف ان المعنى الذي له وجب الاستبرا في ملك اليمين موجود

حيلة اسقاط الاستبرا

وفي الوجه الاول على الزوج المطلق نصف المهر صح

حنيفة
في ملك النكاح وهو التعرف عن براءة الرحم فوجب الاستبرا في الملكين ولابي
رحمه الله ان جواز نكاحها دليل براءة رحمها شرعا فلا حاجة الى التعرف فلا استبرا
وما ذكره محمد رحمه الله نوع احتياط وهو حسن وعلى هذا يخرج ما اذا
اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت في يد البايع حيضة انه لا يجتزي بها — م بدم
في الاستبرا في ظاهر الرواية حتى لو قبضها لا تحل له حتى يستبريها
بحيضة لانه لم يحدث له حل الاستمتاع قبل القبض ولا حدث له — م اخرى صح
ملك اليمين على الاطلاق لانعدام اليد وهذا لان الملك قبل القبض غير
متاكد والتاكد اثبات من وجه فكان له حكم العدم من وجه فلم يجب
به الاستبرا وروي عن ابي يوسف انه يجتزي بها ولا استبرا لان الحيضة
قبل القبض تصلح دليلا على فراغ الرحم فحصل المقصود من الاستبرا فيكتفى
بها واما بيان ما يقع به الاستبرا فنقول وبالله التوفيق الجارية
في الاصل لا تخلو اما ان كانت ممن تحيض واما ان كانت ممن لا تحيض
فان كانت ممن تحيض فاستبراؤها بحيضة واحدة عند عامة العلما
وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن معاوية رضي الله عنه ان استبراها
بحيضتين لان الاستبرا اخت العدة وعدتها حيضتان والصحيح قول
العامة لما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس الا لا
توطا الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبران بحيضة والفعله للمره
والتقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه الا بدليل ولان ما شرع له الاستبرا
وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحيضة واحدة فكان ينبغي ان لا
يشترط العدد في باب العدة ايضا الا انا عرفنا ذلك نصا بخلاف
القياس فيقتصر على مورد النص وان كانت ممن لا تحيض فلا يخلو اما
ان كانت لا تحيض من صغر او كبر فاستبراؤها بشهر واحد لان الاشهر — م واما ان كانت لا تحيض لعلة وهي الممتد طهرها واما ان كانت لا تحيض لحمل فان كانت لا تحيض لصغر او كبر صح
اقيمت مقام الاقرا في حق الايسة والصغيرة في العدة فكذا في باب الاستبرا
وان كانت لا تحيض لعلة فقد اختلفوا فيه قال ابو حنيفة لا يطاها حتى
يعلم انها غير حامل ولم يوقت في ذلك وقتا وقال ابو يوسف يستبريها
بثلاثة اشهر او اربعة اشهر وعن محمد روايتان في رواية قال يستبريها — م نهر
بشهرين وخمسة ايام عدة الاماء وفي رواية قال يستبريها باربعة
اشهر وعشر مدة عدة الحراير وقال زفر يستبريها بسنتين لان
الولد الموجود في البطن لا يبقى اكثر من سنتين فاذا مضت سنتان ولم

يظهر

يظهر بها حبل علم انها غير حامل ويحتمل ان يكون هذا تفسير قول ابي حنيفة
لا يطاها حتى يعلم انها غير حامل وهو اختيار الطحاوي ويحتمل ان يكون
ما قاله ابو يوسف تفسيرا لقوله لانها مدة يعلم فيها انها ليست بحامل
لان الحبل يظهر في مثل هذه المدة او كان لظهور اثاره من انتفاخ البطن وغير
ذلك فيدل عدم الظهور على براءة رحمها وان كانت لا تحيض لحبل فاستبراو — ها
بوضع الحمل بعد القبض بعد القبض لان وضع الحمل في الدلالة على فراغ
رحمها فوق الحيضة فاذا وضعت حملها حل له ان يستمتع بها فيما سوى
الجماع ما دامت في نفاسها كما في الحايض فان وضعت حملها قبل القبض
ثم قبضها لا يطاها حتى يستبريها ولا يجتزي بوضع الحمل قبل القبض كما
لا يجتزي بالحيضة قبل القبض وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف يجتزي
به كما يجتزي بالحيضة قبل القبض والله اعلم ثم ما ذكرنا من الحكم الاصلي
للبيع وما يجري مجرى التوابع للحكم الاصلي كما يثبت في المبيع يثبت في — زوايد المبيع مبيعة
زوايد المبيع عندنا وعند الشافعي لا يثبت شي من ذلك في الزوايد والكلام
فيه مبني على اصل وهو ان زوايد المبيع مبيعة عندنا سوا كانت
منفصلة او متصلة متولدة من الاصل او غير متولدة منه الا الهبة والصدقة
والكسب وعنده ليست بمبيعة اصلا وانما تملك بملك الاصل لا بالبيع
السابق وجه قول الشافعي في اثبات هذا الاصل ان المبيع ما اضيف
اليه البيع ولم توجد الاضافة الى الزوايد لكونها منعدمة عند البيع
فلا تكون مبيعة ولهذا لم يكن الكسب مبيعا ولان المبيع ما يقابله ثمن اذ
البيع مقابلة المبيع بالثمن والزيادة لا يقابلها ثمن لان كل الثمن مقابل
بالاصل فلم تكن مبيعة كالاصل ولهذا لم تجز الزيادة عنده في الثمن والمبيع
ولنا ان المبيع ما يثبت فيه الحكم الاصلي للبيع والحكم الاصلي للبيع يثبت — فيهم م بالبيع صح
الزوايد بالبيع السابق فكانت مبيعة وبيان ذلك ان الحكم الاصلي
للبيع هو الملك والزوايد مملوكة بلا خلاف والدليل على انها مملوكة بالبيع
السابق ان البيع السابق اوجب الملك في الاصل ومتى ثبت الملك في
الاصل ثبت في التبع فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الاصل مضافا الى
البيع السابق فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعا لثبوت الاصلي فيها تبعا — الحكم م
وعلى هذا الاصل مسايل بيننا وبين الشافعي منها ان للبايع حبس الزوايد لاستيفا — حق صح م
الثمن كالاصل عندنا وعنده ليس له ان يحبس الزوايد ومنها

ان البايع اذا اتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا كما لو
اتلف جزءا من المبيع وعنده لا يسقط شيء من الثمن وعليه ضمانها كما لو اتلفها
اجنبي ولا خيار للمشتري عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يثبت على ما مر
وكذا لو اتلف الارش او العقر قبل القبض عندنا لانه بدل الجزء الفايت
فكان حكمه حكم الجزء ولو هلكت الزيادة بافة سماوية لا يسقط شيء من
الثمن بالاجماع وان كانت مبيعة عندنا لانها مبيعة تبعا بمنزلة اطراف
الام لا مقصودا والام والاطراف كالاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا ان تصير
مقصودة بالفعل من القبض او الجناية ولم يوجد ولا خيار للمشتري لان الصفقة
لم تتفرق عليه لان العقد ما اضيف اليها وانما يثبت حكم العقد فيها تبعا
فلا يثبت الخيار الا في ولد الجارية اذا هلك قبل القبض بافة سماوية فانه
يثبت الخيار للمشتري لا لهلاك الزيادة بل لحدوث نقصان بالام بسبب
الولادة وكذا لا خيار بحدوث زيادة ما قبل القبض الا في ولد الجارية لاجل
نقصان الام بالولادة لا لحدوث الزيادة ومنها ان المشتري اذا قبض الزوايد
يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا فينقسم الثمن على قيمة الاصل يوم
العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض حتى لو اطلع المشتري على عيب بالاصل
فانه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا وعنده لا حصة للزيادة
من الثمن بحال وعند ظهور العيب بالاصل يرده بكل الثمن ولا يكون بازاء الزيادة
شيء وكذا اذا وجد بالزيادة عيبا يردها بحصتها من الثمن وعنده لا يردها
بالعيب اصلا وكذا المشتري اذا اتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة
من الثمن عندنا لانه صار قابضا له بالاتلاف وبالقبض يصير لها حصة
من الثمن على ما ذكرنا وعنده لا حصة لها من الثمن بحاله ولو هلك الاصل وبقيت
الزيادة يبقى العقد في قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن فينقسم
الثمن على الاصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك فيبطل ملك الثمن بقدر
قيمة الاصل ويبقى بحصة الزيادة بخلاف ما اذا هلك الاصل قبل حدوث
الزيادة حيث ينفسخ العقد اصلا وراسا ويسقط كل الثمن لان هنا لا فايدة
في بقاء العقد اذ لو بقي لطلب البايع من المشتري الثمن فيطلب المشتري منه تسليم
المبيع ولا يمكنه تسليمه فينفسخ ضرورة لانعدام فايدة البقاء واذا بقيت
الزيادة كان في بقاء العقد في الزيادة فايدة لامكان تسليمها فيبقى العقد فيها
وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الاصل والزيادة على ما ذكرنا وعنده اذا هلك

الاصل

الاصل انفسخ العقد اصلا وراسا ومنها انه اذا اتلفها اجنبي وضمنها بالاخلاف
الاصل فالمشتري بالخيار عندنا ان شاء اختار الفسخ فيرجع البايع على الجاني
بضمان الجناية وان شاء اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن
كما لو اتلف الاصل وعنده عليه الضمان ولا خيار للمشتري ومنها اذا اشترى
نخلا بكر من تمر ولم يقبض النخل حتى اثمر النخل كرا فقبض النخل مع الكر الحادث ث
لا يطيب الكر وعليه ان يتصدق به عندنا لان الثمر الحادث زيادة متولدة من
المبيع فكان مبيعا وله عند القبض حصة من الثمن كما لغيره من الزوايد والثمن
من جنسه زيادة عليه فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير ربا فيفسد
البيع في الكر ولا ~~يفسد في الكر ولا~~ يفسد في النخل بخلاف ما اذا باع نخلا
وكرا من تمر بكر من تمر ان العقد يفسد في التمر والنخل جميعا لان هناك
الربا دخل في العقد باشتراطهما وصنعهما لان بعض المبيع مال الربا وهو
التمر مقسوم عليهما فيتحقق الربا ~~فيتحقق الربا~~ وادخال الربا في العقد والتمر صح
يفسد العقد كله وها هنا البيع كان صحيحا في الاصل لان الثمر خلاف جنس
المبيع وهو النخل وحده لانه لما زاد بعد العقد صار مبيعا في حال البقاء
لا بصنعهما فيفسد في الكر الحادث ويقتصر الفساد عليه ومنها اذا اشترى
عبدا بالف درهم يساوي الفين فقتل قبل القبض فاختار البيع واتباع الجاني
واخذ قيمته الفين يتصدق بالالف الزايد عندنا لانه ربح ما لم يضمن
وعنده لا يتصدق بشيء ومنها اذا غصب كر حنطة فابتلت في يد الغا صب
وانتفخت حتى صارت كرا ونصف كر وضمن للمالك كرا مثله فانه يملك
ذلك الكر والنصف الكر عندنا لكن يتصدق بنصف الكر الزايد وطاب
له ما بقي لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب بالضمان والزيادة
بالانتفاخ حصلت بعد ذلك فيعتبر بالزيادة المتولدة وعند الشافعي في
هذا الفصل يرد الكل لان المضمونات عنده لا تملك بالضمان ومنها ان
الزوايد الحادثة بعد القبض مبيعة ايضا حتى لو وجد المشتري بالاصل م عندنا صح
عيبا فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب وبساير اسباب الفسخ على ما
نذكر في خيار العيب في بيان الاسباب المانعة من الرد بالعيب ان شاء الله
تعالى وعنده ليست بمبيعة في اي حال حدثت ولا تمنع رد الاصل بالعيب
بكل الثمن ولو اشترى ارضا فيها اشجار مثمرة فان كان عليها ثمر وسماه حتى
دخل في البيع فالثمر له حصة من الثمن بلا خلاف حتى لو كانت قيمة الارض

خمس مائة وقيمة الشجر خمس مائة وقيمة الثمر كذلك فان الثمن يقسم على الكل
اثلاثا بالاجماع لان الكل معقود عليه مقصوداً الورود فعل العقد على الكل
وكان للثمر حصة من الثمن حتى لو هلك بآفة سماوية او بفعل البايع بان اكله
يسقط عن المشتري ثلث الثمن وله الخيار ان شا اخذ الارض والشجر
بثلثي الثمن وان شا ترك لان الثمر لما كان مبيعا مقصودا فبهلاكه تفرقت
الصفقة على المشتري قبل التمام فيثبت الخيار وان لم يكن الثمر موجودا وقت
العقد وحدث بعده قبل القبض فاكله البايع فقد صار له حصة من
الثمن عندنا لصيرورته مبيعا مقصودا بالاتلاف على ما بينا لكن الكلام
في كيفية اخذ الحصة واختلف اصحابنا فيها قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله ياخذ الحصة من الشجر خاصة فيقسم الثمن على قيمة الارض والشجر
ثم ما اصاب الشجر يقسم عليه يوم العقد وعلى قيمة الثمر يوم الاتلاف
فيسقط بيانه اذا كانت قيمة الارض الفا وقيمة الاشجار الفا وقيمة
الثمر كذلك فاكل البايع الثمر قبل القبض يسقط عن المشتري ثلث الثمن
عندهما وياخذ الارض والاشجار بثلثي الثمن ولا خيار له عند ابي حنيفة
خاصة وعند محمد له الخيار ان شا اخذ الارض والشجر بثلثي القيمة وان
شا ترك وعند ابي يوسف يسقط عن المشتري ربع الثمن فيقسم الثمن
على الشجر والارض نصفين ثم ما اصاب الشجر يقسم نصفين فكانت
حصة الثمر ربع الثمن فيسقط ذلك وله الخيار ان شا اخذ الارض
والشجر بثلاثة ارباع الثمن وان شا ترك وجه قول ابي يوسف
ان الثمر تابع الشجر لانها متولدة منها فياخذ الحصة منها كما لو اشترى
جارية مع ولدها فولدت ولدا اخر فالولد الثاني يكون له حصة
من الولد الاول ولهما ان الشجرة تابعة للارض في البيع بدليل انها
تدخل في بيع الارض من غير تسمية ولو هلكت بعدما دخلت قبل القبض
لا يسقط شي من الثمن ذلك انها تابعة وما كان تبعا لغيره في حكم لا يستتبع
غيره في ذلك الحكم فكان نظير مسالتنا ما لو اشترى جارية فولدت
ولدا قبل القبض ثم ولد ولدها ولدا لا يكون للولد الثاني حصة من الولد
الاول ~~ولهما ان الشجرة~~ لان الاول تبع في نفسه فلا يستتبع غيره كذا هاهنا
والله اعلم ويتصل بما ذكرنا الزيادة في المبيع والثمن والحط عن الثمن
والكلام فيهما في ~~موضعين احدهما~~ في اصل الجواز انها جايزة ام لا والثاني

م باخذ الحصة من الشجر والارض والثمر جميعا فيقسم الثمن على الشجر والارض والثمر اثلاثا فيسقط ثلث الثمن باتلاف البايع وقال ابو يوسف صح

م عليه وعلى الثمر صح

م ولدها

البيع والزيادة في الثمن والحط منه

مواضع احدها لعله م

في شرايط الجواز والثالث في كيفية الجواز اما الاول فقد اختلف العلما فيه
قال اصحابنا الثلاثة الزيادة في المبيع والثمن جايزة مبيعا وثمنا كان العقد
ورد على المزيد عليه والزيادة جميعا من الابتداء وقال زفر لا تجوز الزيادة
مبيعا وثمنا ولكن تكون هبة مبتداة فان قبضها تصير ملكا له والا تبطل
والظاهر اقوال الشافعي مثل قولنا اذا كان في مجلس العقد وان كان بعد الافتراق
فقوله مثل قول زفر وصورة المسالة اذا اشترى رجل عبدا بالف درهم ثم قال
المشتري زدتك خمس مائة اخرى ثمنا وقبل البايع او قال البايع زدتك
هذا العبد الاخر او هذا الثوب مبيعا وقبل المشتري جازت الزيادة كان
الثمن في الاصل الفا وخمس مائة والمبيع في الاصل عبدان او عبد وثوب
سوا كان ذلك قبل القبض او بعده وكذلك اذا اشترى عبدين بالف
درهم ثم زاد المشتري في الثمن مائة درهم جازت الزيادة كان الثمن في
الاصل الفا ومائة وتنقسم الزيادة على قيمتهما وكذلك لو كان لعبد
ثمن مسمى او كان لكل واحد منهما ثمن مسمى فزاد المشتري في الثمن مائة
مطلقا انقسمت الزيادة على قدر القيمتين وعلى هذا الخلاف الزيادة
من الوارثين بعد موت العاقدين لان الوارث خلف المورث في ملكه الا
بعد موته الا ترى انه يرد بالعيب ويرد عليه كان المورث حي قايم فزاد
وعلى هذا الخلاف الزيادة من الوكيل لانه يتصرف بولاية مستفادة
من قبل الموكل واما الزيادة من الاجنبي فلا شك ان عندهما لا يجوز
واما عندنا فان زاد بامر العاقد جاز لانه وكيله في الزيادة وان زاد بغير
امره وقفت الزيادة على اجازته ان اجاز جاز وان رد بطلت الا ان يضمن
الزايد الزيادة فيجوز ولا يتوقف على اجازة العاقد وان لم يحصل للاجنبي
بمقابلة الزيادة شي وعلى هذا قال لو ان من اشترى عبدا بالف درهم
على ان خمس مائة سوى الالف على رجل ضمنه وقبل فالعبد للمشتري
والخمس مائة على الثالث من غير ان يستحق شيا بالخمس مائة وذكر في الجامع
الصغير اذا قال لرجل بع هذه الدار من فلان بالف درهم على اني ضامن لك
من الثمن خمس مائة ان البيع على هذا الشرط صحيح والخمس مائة على
الاجنبي ولو قال على اني ضامن لك خمس مائة ولم يقل من الثمن كان باطلا
لا يلزمه شي وعلى هذا الخلاف الزيادة في المهر المسمى في النكاح واما
الزيادة في المنكوحة بالمهر الاول فلا يجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف

ق

ثم

الزيادة في راس مال السلم واما الزيادة في المسلم فيه فلا تجوز بالاجماع وعلى
هذا الخلاف الزيادة في الرهن واما الزيادة في الدين فلا تجوز
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا وعند ابي يوسف جايز
قياسا والفرق لابي حنيفة ومحمد بين الزيادة في الرهن وبين الزيادة
في الدين نذكره في كتاب الرهن ان شا الله تعالى وعلى هذا الخلاف حط
بعض الثمن انه جايز عندنا ويلتحق باصل العقد والثمن هذا القدر من الابتدا
حتى ان المبيع لو كان دارا فالشفيع ياخذها بالشفعة بما بقي بعد الحط
وعندهما هو هبة مبتداه الا ان قيام الدين عليه او كونه قابلا
لا ستيفا في العقد ليس بشرط لصحة الحط بلا خلاف بين اصحابنا
وفي الزياده خلاف نذكره ان شا الله تعالى وجه قول زفر والشافعي
ان الثمن والمبيع من الاسما الاضافية المتقابلة فلا يتصور مبيع بلا ثمن
ولا ثمن بلا مبيع والقول بجواز الزيادة في المبيع والثمن مبيعا وثمنا قول
بوجود المبيع ولا ثمن والثمن ولا مبيع لان المبيع اسم لمال يقابل ملك
المشتري بل يقابل ملك نفسه لانه ملك جميع الثمن ولو صحت من
المشتري ثمنا لا تقابل ملك البايع بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع المبيع
فلا تكون الزيادة مبيعا وثمنا لانعدام حقيقة المبيع والثمن فتجعل هبة
مبتداه ولان كل المبيع لما صار مقابلا لكل الثمن وكل الثمن بكل المبيع
فالزيادة لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عما تقابله فكانت فضل مال خال عن
العوض في عقد العوض وهذا تفسير الربا ولنا في الزيادة في المهر
قوله تعالى فاتوهن اجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من
بعد الفريضة اي من بعد تلك الفريضة لان النكرة اذا اعيدت معرفة
يراد بالثاني عين الاول امر الله تعالى بايتا المهور المسماة في النكاح وازال
الجناح في الزيادة على المسمى لان ما تراضا به الزوجان بعد التسمية هو
الزيادة في المهر فيدل على جواز الزيادة في المهر وروي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال للوزان زن وارجح فانا معاشر الانبيا هكذا نزن وهذا
زيادة في الثمن وقد ندب اليها بالقول والفعل واقل احوال المندوب
اليه الجواز وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المسلمون عند شروطهم
فظاهره يقتضي لزوم الوفا بكل شرط الا ما خص بدليل لانه يقتضي ان
يكون كل مسلم عند شرطه وانما يكون كذلك اذا لزمه الوفا به وانما

يلزمه

م وهو الثمن والثمن اسم لمال يقابل ملك البايع وهو المبيع فالزيادة من البايع لو صحت مبيعا لا تقابل ملك المشتري صح

197

م فاما اذا كانت هبة مبتداة صح

يلزمه اذا صحت الزيادة مبيعا وثمنا فلا يلزم الوفا ولان العاقدين اوقعا الزيادة
مبيعا وثمنا كما لو تبايعا ابتدا وهذا لان الاصل ان تصرف الانسان يقع على
الوجه الذي اوقعه اذا كان اهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية وقد
وجد وقولهما ان الثمن اسم لما يقابل ملك البايع والمبيع اسم لما يقابل ملك
المشتري قلنا هذا ممنوع بل الثمن اسم لمال ازاله المشتري ملكه ويده عنه
بمقابلة مال ازاله البايع ملكه ويده عنه فيملك كل واحد منهما المال
الذي كان ملك صاحبه بعد زوال ملكه عنه شرعا على ما عرف
ثم نقول ما ذكراه حد المبيع والثمن بطريق الحقيقة والزيادة في المبيع والثمن
مبيع وثمن من حيث الصورة والتسمية ربح بطريق الحقيقة لان الربح
حقيقة ما يملك بعقد المعاوضة لا بمقابلة ما هو مال حقيقة بل من حيث
الصورة والتسمية والزيادة ها هنا كذلك فكانت ربحا حقيقة وكان
من شرطها ان لا يكون مقابله ملك البايع الا تسمية وشرط الشي
كيف يمنع صحته وعلى انه امكن تحقيق معنى المقابلة في الزيادة لان
الموجب الاصلي في البيع هو قيمة المبيع وهو ما لبينه لان البيع معاوضة
بطريق المعادلة عرفا وحقيقة والمقابلة عند التساوي في المالية
ولهذا اذا فسدت التسمية تجب القيمة عندنا والثمن تقدير لمالية المبيع
باتفاق العاقدين واذا زاد في الثمن او المبيع علما انهما اخطا في التقدير
وغلطا فيه وما هو الموجب الاصلي قد ثبت بالبيع فاذا بينا التقدير
كان ذلك بيانا للموجب الاصلي الا انه ابتدا ايجاب فكان عوضا عن ملك
الغير لا عن ملك نفسه وهذا الكلام في المهر اغلب لان الموجب الاصلي فيه
هو مهر المثل على ما عرف وعلى انه ان كان لا يمكن تحقيق معنى المقابلة
مع بقا العقد على حاله يمكن تحقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصف
بان يجعل الالف بعد الزيادة بمقابلة نصف العبد ليخلوا النصف عن الثمن
فيجعل الالف الزيادة بمقابلة النصف الخالي وهذا وان كان تغييرا ولكنهما
قصدا تصحيح التصرف ولا صحة الا بالتغيير ولهما ولاية التغيير
الا ترى ان لهما ولاية الفسخ وانه فوق التغيير لان الفسخ رفع الاصل
والوصف والتغيير تبديل الوصف مع بقا اصل العقد فلما ثبت لهما
ولاية الفسخ فولاية التغيير اولى ولهما حاجة الى التغيير لدفع الغبن
او لمقصود اخر فمتى اتفقا على الزيادة وقصدا الصحة ولا صحة الا بتدا

الشرط يثبت هذا الشرط مقتضى تصرفهما تصحيحاً كما في قول الرجل
لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم واما شرايط الجواز فمنها
القبول من الاخر حتى لو زاد احدهما ولم يقبل الاخر لم تصح الزيادة ومنها
المجلس حتى لو افترقا قبل القبول بطلت الزيادة لان الزيادة في المبيع والثمن
ايجاب البيع فيهما فلا بد من القبول في المجلس كما في اصل الثمن والمبيع واما
الحط فلا يشترط له المجلس ولا القبول لانه تصرف في الثمن بالاسقاط
والابراء عن بعضه فيصح من غير قبول الا انه يرتد بالرد كالابراء عن الثمن
كله واما كون الزيادة والمزيد عليه من غير اموال الربا فهل هو شرط
لصحة الزيادة ثمنا ومبيعا وكذا كون الحط عن غير اموال الربا هل هو
شرط لصحته حطا وهل يوثران في فساد العقد على قول ابي حنيفة
ليس بشرط ويوثران فيه وعلى قول ابي يوسف شرط فيبطلان ولا
يوثران في العقد وعلى قول محمد شرط في الزيادة لا في الحط على ما نذكر
ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة فتصح الزيادة سوا كانت
قبل قبض المبيع والثمن او بعده وكذلك الحط لان دليل جواز الزيادة والحط
لا يوجب الفصل واما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحة
الزيادة ذكر في الجامع الكبير انه شرط ولم يذكر الخلاف وروى ابو يوسف
ومحمد عن ابي حنيفة رحمهم الله في غير رواية الاصول انه ليس بشرط
عنده حتى لو هلك المبيع في يد المشتري او استهلكه او اعتقه او دبره
او استولدها او كان عصيرا فتخمر او اخرجه عن ملكه جازت الزيادة عنده — م المشتري صح
وعندهما لا تجوز وجه قولهما ان الزيادة تصرف في العقد بالتغيير
والعقد منعدم حقيقة الا انه يعطى له حكم القيام لقيام اثره وهو
الملك ولم يبق بهلاك العين حقيقة او حكما فلم يبق العقد حقيقة
وحكما فلا يحتمل التغيير بالزيادة لان الزيادة تثبت عندنا بطريق
الاستناد والمستند يثبت للحال ثم يستند فلا بد وان يجعل شي من المبيع
بمقابلة الزيادة للحال ولا يتصور ذلك بعد هلاك المبيع فلا يتصور الاستناد
ولان الزيادة لا بد وان يكون لها حصة فلا يتحقق ذلك بعد الهلاك
ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان الزيادة في الثمن والمبيع لا تستدعي المقابلة
لانها ربح في الحقيقة وان كانت مبيعا وثمنا صورة وتسمية ومن شان
الربح ان لا يقابله شي فلا يكون قيام المبيع شرطا لصحتها قوله العقد منعدم

عند الزيادة قلنا الزيادة عندنا تجعل كالموجود عند العقد والعقد عند
وجوده يحتمل التغيير ان كانت الزيادة تغييرا على انا لا نسلم ان قيام المبيع شرط
لبقا البيع فان البيع بعد هلاك المبيع يحتمل الانتقاض في الجملة بالرد بالعيب
فان المشتري اذا اطلع على عيب كان به قبل الهلاك يرجع عليه بالنقصان
والرجوع بالنقصان فسخ للبيع في قدر الفايت بالعيب بعد هلاكه وهلاك — صح
المعقود عليه دل ان العقد يجوز ان يبقى بعد هلاك المعقود عليه في الجملة
اذ لا كان في بقايه فايدة وها هنا في بقايه فايدة فيبقى في حقه كما في حق
الرجوع بنقصان العيب وعلى هذا الخلاف الزيادة في مهر المراة بعد موتها
انها جايزة عندنا وعندهما لا تجوز ولو اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم مات
احدهما ثم زاد احدهما صاحبه جازت الزيادة عند ابي حنيفة وابي يوسف
اما عند ابي حنيفة فظاهر لان هلاك المبيع عنده لا يمنع الزيادة واما عند
ابي يوسف فلانهما تبايعا بعينين والعقد عنده اذا وقع عينا بعين فهلاك — عينا م
احد العينين لا يمنع صحة الاقالة فلا يمنع صحة الزيادة ولو كان المبيع قايما
لكن قطع رجل يده عند المشتري فاخذ ارشها ثم زاد المشتري في الثمن
شيا جازت الزيادة اما عند ابي حنيفة فظاهر لان هلاك جميع المعقود عليه — م لا يمنع الزيادة فهلاك البعض اولى واما عندهما فلان المعقود عليه صح
قايم فكان العقد قايما فكان محتملا للتغيير بالزيادة ولو رهن المبيع او اجره
ثم زاد المشتري في الثمن جازت الزيادة بلا خلاف بين اصحابنا على
اختلاف الاصلين على ما ذكرنا وقال محمد لو اشترى جارية وقبضها
فماتت في يده فزاد البايع المشتري جارية اخرى فالزيادة جايزة لان
زيادة المبيع تثبت مقابلة بالثمن والثمن قايم ولو زاد المشتري البايع لم
يجز لان زيادة الثمن تثبت مقابلة بالمبيع وانه هالك وهذا على قياس
قولهما ان قيام المبيع شرط لجواز الزيادة فهلاكه لا يكون مانعا اما على اصل
ابي حنيفة رحمه الله فالزيادة في الحالين جايزة لان قيام المبيع عنده ليس
بشرط لصحة الزيادة فلا يكون هلاكه مانعا والله اعلم واما قيام المعقود
عليه فليس بشرط لصحة الحط بالاجماع اما عند ابي حنيفة رحمه الله فظاهر
لانه ليس بشرط لصحة الزيادة فالحط اولى واما عندهما فلانه ليس من
شرط صحة الحط ان يلتحق بالعقد لا محالة الا ترى انه يصح الحط عن جميع
الثمن ولا يلتحق اذ لو التحق لعري العقد عن الثمن فلم يلتحق واعتبر حطا
للحال ولان الحط ليس تصرف مقابلة ليشترط له قيام المقابل له هو تصرف

في الثمن باسقاط شطره فلا يراعى له قيام المعقود عليه بخلاف الزيادة فلذلك
اختلفا ثم الزيادة مع الحط يختلفان في حكم اخر وهو ان الزيادة تنقسم على
قدر المبيع والحط لا ينقسم كما لو اشترى عبدين من رجل بالف وزاد له
المشتري مائة درهم فان الزيادة تنقسم على قدر قيمتهما سواء اشترى ولم
يسم لكل واحد منهما ثمنا او سمى وان حط البائع عن المشتري مائة درهم
كان الحط نصفين وانما كان كذلك لان الثمن يقابل المبيع فاذا زاد في ثمن
المبيعين مطلقا فلا بد وان تقابلهما الزيادة كاصل الثمن والمقابلة في غير
اموال الربا تقتضي الانقسام من حيث القيمة حكما للمعارضة والمزاحمة
كمقابلة اصل الثمن على ما بينا فيما تقدم بخلاف الحط فانه لا تعلق له بالمبيع
لانه تصرف في الثمن خاصة باسقاط بعضه فاذا حط من ثمنهما مطلقا فقد
سوى بينهما في الحط فكان الحط بينهما نصفين وان كان ثمن احدهما اكثر
ولا يلتفت الى زيادة قدر الثمن لان الحط غير مقابل بالثمن حتى تعتبر قيمة القدر
والله اعلم واما كيفية الجواز فالزيادة في المبيع والثمن عندنا تلتحق باصل
العقد كان العقد من الابتداء ورد على الاصل والزيادة جميعا اذا لم يتضمن
الالتحاق فساد اصل العقد بلا خلاف بين اصحابنا وكذلك الحط فاما
اذا تضمن ذلك بان كانت الزيادة في اموال الربا فهل تلتحق به وتفسده
ام لا تلتحق به وكذلك الحط اختلف اصحابنا في ذلك قال ابو حنيفة رحمه
الله الزيادة والحط يلتحقان باصل العقد ويفسدانه وقال ابو يوسف يبطلان
ولا يلتحقان واصل العقد صحيح على حاله والحط جائز برغبة مبتداة وهذا بناء — م وقال محمد الزيادة باطلة والعقد على حاله صح
على اصل ذكرناه فيما تقدم ان الشرط الفاسد المتاخر عن العقد الصحيح
اذا الحق به هل يلتحق به ويؤثر في فساده ام لا وهو على الاختلاف الذي
ذكرنا لان الزيادة بمنزلة شرط فاسد متاخر عن العقد الصحيح الحق به
فابو يوسف يقول لا تصح الزيادة والحط في اموال الربا لان ذلك لو صح
لالتحق باصل العقد لاوجب فساد اصل العقد لتحقق الربا فلم يصح فبقي اصل — م ولو التحق باصل العقد صح
العقد صحيحا كما كان ومحمد يقول لا تصح الزيادة لما قاله ابو يوسف
فلم يؤثر في اصل العقد فبقي على حاله ويصح الحط لان الالتحاق من لوازم
الزيادة فاما ما ليس من لوازم الحط على ما ذكرنا فيما تقدم وابو حنيفة رحمه
الله يقول الزيادة والحط صحيحان زيادة وحطا لان العاقدين اوقعاهما زيادة
وحطا ومن شان الزيادة والحط الالتحاق باصل العقد فيلتحقان به فكانت الزيادة — م ولهما ولاية ذلك فيقعان زيادة وحطا صح

والحط

والحط ها هنا ابطالا للعقد السابق ولهما ولاية الابطال بالفسخ فكذا بالزيادة
والحط والله اعلم واما البيع الذي فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه الا بعد معرفة — الخيارات بع
انواع الخيارات فنقول وبالله التوفيق الخيارات نوعان نوع يثبت شرطا ونوع
يثبت شرعا لا شرطا والشرط لا يخلو اما ان يثبت نصا واما ان يثبت دلالة
اما الخيار الثابت بالشرط فنوعان احدهما يسمى خيار التعيين والثاني
يسمى خيار الشرط اما خيار التعيين فالكلام في جواز البيع فيه خيار — الذي
التعيين قد ذكرناه في موضعه وانما الحاجة ها هنا الى بيان حكم هذا البيع
والى بيان صفة الحكم والى بيان ما يبطل به الخيار بعد ثبوته ويلزم اما
الاول فحكمه ثبوت الملك للمشتري في احد المذكورين غير عين وخيار
التعيين اليه عرف ذلك بنص كلامهما حيث قال البائع بعت منك احد
هذين الثوبين او هذين العبدين او الدابتين او غيرهما من الاشياء
المتفاوتة على ان تاخذ ايهما شئت وقبل المشتري وهذا يوجب ثبوت
الملك للمشتري في احدهما وثبوت خيار التعيين له والاخر يكون ملك
البائع امانة في يده اذا قبضه لانه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك
ولا على وجه الثبوت فكان امانة وليس للمشتري ان ياخذهما جميعا لان
المبيع احدهما ولو هلك احدهما قبل القبض لا يبطل البيع لانه يحتمل ان يكون
الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل ان يكون غيره فلا يبطل والبيع
قد صح بيقين ووقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن المشتري
بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك لان المبيع قد تغير قبل القبض
بالتعيين فيوجب الخيار وكذا لو كان اشترى احد الاثواب الثلاثة فهلك
واحد منها وبقي اثنان لا يبطل البيع لما قلنا وللمشتري ان ياخذ ايهما
شاء لان الهالك اذا لم يتعين للبيع كان المبيع احد الباقيين فكان له ان ياخذ
ايهما شاء وله ان يتركهما كما لو اشترى احدهما من الابتداء ولو هلك الكل
قبل القبض بطل البيع لان المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع والله اعلم واما
صفة هذا الحكم فهو ان الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير
لازم وللمشتري ان يردهما جميعا لان خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار
العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ وهذا لان جواز
هذا النوع من البيع انما لتعامل الناس لحاجتهم الى ذلك على ما بينا فيما تقدم — م ثبت صح
ولا تنعدم حاجتهم الا بعدم اللزوم لانه عسى لا يوافقه كلاهما جميعا فيحتاج

ح

الي ردهما واما بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق
ما يبطل به الخيار ويلزم البيع في الاصل نوعان اختياري وضروري
والاختياري نوعان احدهما صريح الاختيار وما يجري مجرى الصريح
والثاني الاختيار من طريق الدلالة اما الصريح فهو ان يقول اخترت
هذا الثوب او شئته او رضيت به او اجزته وما يجري هذا المجرى
لانه لما اختار احدهما فقد عين ملكه فيه وسقط خيار التعيين
ولزمه البيع واما الاختيار من طريق الدلالة فهو ان يوجد منه فعل
في احدهما يدل علي تعيين الملك فيه وهو كل تصرف هو دليل الاختيار
الملك في الشرا بشرط الخيار وسنذكر ذلك في البيع بشرط الخيار ان شا
الله تعالي ولو تصرف البايع في احدهما فتصرفه موقوف الي ان يتعين
ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لانه تبين انه تصرف في ملك
غيره وانه تصرف وان تعين ما تصرف فيه للامانة نفذ تصرفه
لانه ظهر انه تصرف في ملك نفسه فنفذ واما الضروري فنحو ان
يهلك احدهما بعد القبض فيبطل الخيار لان الهالك منهما تعين للبيع
ولزمه ثمنه وتعين الاخر للامانة لان احدهما مبيع والاخر امانة
والامانة منهما مستحق الرد علي البايع وقد خرج الهالك عن احتمال الرد
فتعين الباقي للرد فتعين الهالك للبيع ضرورة ولو هلكا جميعا بعد
القبض فلا يخلو اما ان هلكا علي التعاقب واما ان هلكا معًا فان هلكا
علي التعاقب فالاول يهلك مبيعا والاخر امانة لما ذكرنا وان هلكا معًا
لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لانه ليس احدهما بالتعيين اولي من
الاخر فشاع البيع فيهما جميعا ولو هلكا علي التعاقب لكنهما اختلفا في
ترتيب الهلاك فان كان ثمنهما متساويا فلا فايدة في هذا الاختلاف
لان ايهما هلك اولا فثمن الاخر مثله فلا يفيد الاختلاف وان كان متفاوتا
بان كان ثمن احدهما اكثر فادعي البايع هلاك اكثرهما ثمنا وادعي المشتري
هلاك اقلهما ثمنا كان ابو يوسف رحمه الله اولا يقول يتحالفان وايهما نكل
لزمه دعوي صاحبه وان حلفا جميعا يجعل كانهما هلكا معًا ويلزمه نصف
ثمن كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول
محمد لانهما اتفقا علي اصل الدين واختلفا في قدره والاصل ان الاختلاف
متي وقع بين صاحب الدين وبين المديون في قدر الدين او في جنسه او

في

في نوعه او صفته كان القول قول المديون مع يمينه لان صاحب الدين يدعي
عليه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه وايهما اقام بينة قبلت بينته
وسقطت اليمين وان اقاما البينة فالبينة بينة البايع لانها تظهر زيادة
ولو تعيب احدهما فان كان قبل القبض لا يتعين المعيب للبيع لان التعيين
لم يوجد لا نصا ولا دلالة ولا ضرورة الي التعيين ايضا لامكان الرد والمشتري
علي خياره ان شا اخذ المعيب منهما وان شا اخذ الاخر وان شا تركهما كما لو
لم يتعيب اصلا فان اخذ المعيب منهما اخذه بجميع ثمنه لانه تبين انه
هو المبيع من الاصل وكذلك لو تعيبا جميعا فالمشتري علي خياره لما قلنا وان
كان بعد القبض يتعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الاخر للامانة كما
اذا هلك احدهما بعد القبض لان تعيب المبيع هلاك بعضه فلهذا منع
الرد والزم البيع في المبيع المعين فكذا في غير المعين يمنع الرد ويعين
المبيع ولو تعيبا جميعا فان كان علي التعاقب تعين الاول للبيع ولزمه ثمنه
ويرد الاخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيا لما قلنا انه امانة وان
تعيبا معًا لا يتعين احدهما للبيع لانه ليس احدهما بالتعيين اولي من
الاخر وللمشتري ان ياخذ ايهما شا بثمنه لانه اذا لم يتعين احدهما
للبيع بقي المشتري علي خياره الا انه ليس له ان يردهما جميعا لان البيع
قد لزم في احدهما بتعيبهما في يد المشتري وبطل خيار الشرط وهذا
يؤيد قول من يقول من المشايخ ان هذا البيع فيه خياران خيار التعيين
وخيار الشرط ولا بد له من رتبة معلومة اذ لو لم يكن يملك ردهما
جميعا كما لو لم يتعيب احدهما اصلا لكنه لم يملك لان ردهما جميعا
ثبت حكما لخيار الشرط وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما
قبل التعييب فلم يملك ردهما وبقي خيار التعيين فملك رد احدهما ولو ازداد
معا عيب احدهما او حدث معه غيره لزمه ذلك لان عدم التعيين للمزاحمة
وقد بطلت بزيادة عيب احدهما او حدوث عيب اخر معه ولا يبطل
هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط لان خيار
التعيين انما يثبت للمورث لثبوت الملك له في احدهما غير عين وقد
قام الوارث مقامه في ذلك الملك فله ان يختار ايهما شا دون الاخر الا
انه ليس له ان يردهما جميعا وقد كان للمورث ذلك وهذا يؤيد قول اولئك
المشايخ انه لا بد من خيارين في هذا البيع وقد بطل احدهما وهو خيار

الشرط لانه لا يورث على اصل اصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما
جميعا هذا اذا اشترى احدهما شرا فاسدا بان قال البايع بعت منك احد
هذين بكذا ولم يذكر الخيار اصلا فان المشتري لا يملك واحدا منهما قبل
القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فان قبضهما ملك
احدهما ملكا فاسدا وايهما هلك لزمته قيمته لانه تعين للبيع والبيع
الفاسد يوجب الملك بالقيمة ولو هلكا احدهما هلكا معا لزمته قيمة
نصف كل واحد منهما لانه ليس احدهما بتعيينه للبيع اولى من الاخر فشاع
البيع فيهما ولو تعيب احدهما فعليه ان يردهما جميعا اما غير المعيب
فلانه امانة واما المعيب فلانه تعين للبيع والمشترى شرا فاسدا
واجب الرد فيردهما ويرد معهما نصف نقصان العيب لان المتعيب يحتمل
ان يكون هو المبيع فيجب نقصان العيب ويحتمل ان يكون هو الامانة فلا يجب
شي ولا دلالة على التعيين فينتصف الواجب ولو تعيب الاخر بعد ذلك
فكذلك الجواب في نقصان الاخر لان احدهما امانة والاخر مضمون بالقيمة
ولو تعيبا معا فكذلك يردهما مع نصف نقصان كل واحد منهما لان احدهما
ليس باولى من الاخر في التعيين للبيع ولو تصرف المشتري في احدهما يجوز
تصرفه فيه ولزمته قيمته ولا يجوز تصرفه في الاخر بعد ذلك لان المتصرف
فيه تعين للبيع ولو تصرف البايع في احدهما فتصرفه موقوف ان رد عليه
ذلك نفذ تصرفه فيه لانه تبين انه تصرف في ملك نفسه وان لم
يرد عليه وتصرف فيه المشتري نفذ تصرف المشتري فيه ولزمته قيمته
وبطل تصرف البايع فيه وكذلك اذا هلك في يد المشتري والاصل
ان في كل موضع يلزم المشتري الثمن في البيع الصحيح تلزمه القيمة في
البيع الفاسد والله اعلم هذا اذا كان الخيار للمشتري اما اذا كان الخيار
للبايع فلا يزول احدهما عن ملكه بنفس البيع وله ان يلزم المشتري
اي ثوب شا بتعيينه للخيار وليس للمشتري خيار الترك لان البيع بات
في جانبه وللبايع ان يفسخ البيع لانه غير لازم وليس للبايع ان يلزمهما المشتري
لان المبيع احدهما ولو هلك احدهما قبل القبض لا يبطل البيع ويهلك
امانة لما ذكرنا في خيار المشتري وخيار البايع على حاله ان شا الزم المشتري
الباقي منهما لانه تعين للبيع وان شا فسخ البيع فيه لانه غير لازم وليس له ان
يلزمه الهالك لانه هلك امانة وان هلكا جميعا قبل القبض بطل البيع بهلاك

م بالموت صح

م صحيحا فاما اذا اشترى
احدهما شراء ٣ صح

م فان كان على التعاقب
لزمته قيمة الهالك
الاول لانه تعين للبيع
وانه بيع فاسد فيفيد
الملك بالقيمة وان
صح

خيار التعيين للبايع

المبيع قبل القبض بيقين وان هلك احدهما بعد القبض كان الهالك امانة
ايضا كما لو هلك قبل القبض والزمه الباقي منهما ان شا وان شا فسخ البيع فيه
لان خيار البايع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيهلك على ملك البايع وله الخيار
لما قلنا وان هلكا جميعا فان كان هلاكهما على التعاقب فالاول يهلك امانة
وعليه قيمة الاخر هما هلاكا لانه تعين للبيع وانه مبيع هلك في يد المشتري
وفيه خيار للبايع فتجب قيمته وان هلكا معا الزمه نصف قيمة كل واحد
منهما لانه ليس احدهما بالتعيين اولى من الاخر ولو تعيب احدهما او تعيبا
معا قبل القبض او بعده فخيار البايع على حاله لان المتعيب لم يتعين للبيع
لانعدام التعيين فكان البايع على خياره له ان يلزم المشتري ايهما شا
كما قبل التعيب ثم اذا الزمه احدهما ينظر ان كان ذلك غير المتعيب
منهما لزمه ما الزمه ولا خيار للمشتري في تركه لانعدام التغير فيه وان
كان ما الزمه هو المتعيب فان تعيب قبل القبض فالمشتري بالخيار لان المبيع
قد تغير قبل القبض وتغير المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشتري
وان تعيب بعد القبض فلا خيار له لان التغير بعد القبض لا يثبت الخيار
وان شا البايع فسخ البيع واستردهما لان البيع غير لازم فله ولاية الفسخ
ثم ينظر ان كان تعيبهما في يد البايع فللبايع ان ياخذ من المشتري نصف
نقصان كل واحد منهما لان احدهما مضمون عنده بالقيمة والاخر عنده
امانة ولا يعلم احدهما من الاخر ولا يجوز للمشتري ان يتصرف فيهما
او في احدهما لان احدهما ليس بمبيع بيقين والاخر مبيع لكن للبايع
فيه خيار وخيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولو تصرف البايع في
احدهما جاز تصرفه فيه ويتعين الاخر للبيع وله خيار الالزام فيه
والفسخ ولو تصرف فيهما جميعا جاز تصرفه فيهما ويكون فسخا للبيع لان
تصرفه فيهما دليل اقرار الملك فيهما فيتضمن فسخ البيع كما في المبيع المعين
والله اعلم بالصواب واما خيار الشرط فالكلام في جواز البيع بشرط الخيار
وشرايطه قد مر في موضعه وانما الحاجة هاهنا الى بيان صفة هذا البيع
والى بيان حكمه والى بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع والى بيان ما
ينفسخ به البيع اما صفته فهي انه بيع غير لازم لان الخيار يمنع لزوم الصفقة
قال عمر رضي الله عنه البيع صفقة او خيار ولان الخيار هو التخيير بين الفسخ
والاجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب وخيار الروية ثم الخيار كما يمنع لزوم

ر

م فلا شي له لانهما تلفا
لا في ضمان المشتري وان كان
تعيبهما في يد المشتري
صح

خيار الشرط

٣ الفسخ

الصفقة لعدم القبض تمنع تمام الصفقة لان الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد
وانما التاكيد بالقبض وعلى هذا يخرج ما اذا كان المبيع شيا واحدا او اشيا انه
ليس لمن له الخيار ان يجيز البيع في البعض دون البعض من غير رضى الاخر
سوا كان الخيار للبايع او للمشتري وسوا كان المبيع مقبوضا او غير مقبوض
لان الاجازة في البعض دون البعض تفريق الصفقة في اللزوم وكما لا يجوز
تفريق اصل الصفقة وهو الايجاب والقبول الا برضى العاقدين بان يقبل
البيع في بعض المبيع دون البعض بعد اضافة الايجاب والقبول الى جملته
او يوجب البيع في بعض المبيع دون البعض بعد اضافة القبول الى جملته لا يجوز
في وصفها وهو ان يلزم البيع في البعض دون البعض الا برضاهما ولو
هلك احد العبدين في يد البايع والخيار له لم يكن له ان يجيز البيع في
الباقي الا برضى المشتري لان البيع انفسخ في قدر الهالك فالاجازة في الباقي
يكون تفريق الصفقة على المشتري فللبايع ان يجيز البيع في الباقي في قياس
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ينتقض البيع وليس له ان يجيز البيع
في الباقي وان كان المبيع مما له مثل من المكيل والموزون والعددي المتقارب
فهلك بعضه فللبايع ان يجيز البيع في الباقي بلا خلاف وجه قول محمد
ان الاجازة هاهنا بمنزلة انشا التمليك لان خيار البايع يمنع خروج المبيع
من ملكه فكان للاجازة حكم الانشا والهالك منهما خرج عن احتمال الانشا
والهالك منهما والانشا في الباقي تملك بحصته من الثمن وهو مجهولة فيما
لا مثل له فلم يحتمل الانشا وفيما له مثل معلومة فاحتمل الانشا وجه قولهما
ان عند الاجازة يظهر ان العقد من حين وجوده انعقد في حق الحكم فلم
يكن الهلاك مانعا من الاجازة وقوله الاجازة هاهنا انشا قلنا ممنوع فان
العقد ينعقد في حق الحكم بدون الاجازة من انقضا المدة وبموت من له الخيار
ولو كانت الاجازة انشا لتوقف حكم العقد على وجودها وهذا بخلاف بيع
الفضولي اذا هلك المبيع قبل الاجازة ثم اجاز المالك لم يجز وهاهنا جاز
فهلاك المبيع في بيع الفضولي يمنع من الاجازة وهاهنا لا يمنع ووجه الفرق
ان بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه
مقتصر من وجه فكانت الاجازة اظهارا من وجه انشا من وجه فمن
حيث انها اظهار ان كان لا تقف صحته على قيام المحل فمن حيث انها انشا تقف
عليه فاما في البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الاجازة بطريق الظهور

بعد

م فلا يجوز في غير رضاه ولو هلك احدهما في يد المشتري صح

المحض

202

المحض وكانت الاجازة اظهارا ان العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم
والمحل كان قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الاجازة والله اعلم
وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة رحمه الله في رجلين اشتريا شيا على انهما بالخيار ثلاثا
فاختار انه يلزم البيع حتى لا يملك الاخر الفسخ احترازا عن تفريق الصفقة
في اللزوم وسنذكر المسئلة في خيار العيب ان شا الله تعالى واما حكم هذا
البيع فقد اختلف العلما قال اصحابنا لا حكم له للحال والخيار يمنع انعقاد العقد
في الحكم للحال لمن له الخيار بل هو للحال موقوف على معنى انه لا يعرف حكمه
للحال وانما يعرف عند سقوط الخيار لانه لا يدري انه يتصل به الفسخ
او الاجازة فيتوقف في الجواب للحال وهذا تفسير التوقف عندنا وقال في قول
مثل قولنا وفي قول هو منعقد مفيد للملك لكن ملكا مسلطا على فسخه
بالخيار وجه قوله ان البيع بشرط الخيار لا يفارق البيع البات الا في
الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالاجماع وخيار الرؤية على
اصلكم ولنا ان جواز هذا البيع مع انه معدول به عن القياس للحاجة الى
دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة الا بامتناع ثبوت الملك للحال لان من
الجايز ان يكون المشتري قريب المشتري فلو ملكه للحال لعتق عليه للحال
فلا تندفع حاجته ثم الخيار لا يخلوا اما ان كان للبايع والمشتري جميعا واما
ان كان للبايع وحده واما ان كان للمشتري وحده واما ان كان لغيرهما
بان شرط احدهما الخيار لثالث فان كان لهما جميعا فلا ينعقد العقد
في حق الحكم في البدلين جميعا فلا يزول المبيع عن ملك البايع ولا يدخل في
ملك المشتري وكذا لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك
البايع لان المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود من الجانبين جميعا وهو
الخيار وان كان للبايع وحده فلا ينعقد في حق الحكم في حقه حتى لا
يزول المبيع عن ملكه ولا يجوز للمشتري ان يتصرف فيه ويخرج الثمن
عن ملك المشتري لان البيع بات في حقه وهل يدخل في ملك البايع عند
ابي حنيفة رحمه الله لا يدخل وعند ابي يوسف ومحمد يدخل وان كان للمشتري
وحده لا ينعقد في حق الحكم في حقه حتى لا يزول الثمن عن ملكه ولا يجوز
للبايع التصرف فيه اذا كان عينا ولا يستحقه على المشتري اذا كان دينا
ويخرج المبيع عن ملك البايع حتى لا يجوز له التصرف فيه لان البيع بات
في حقه وهل يدخل في ملك المشتري عند ابي حنيفة لا يدخل وعندهما

ثم فيه

فيه

الشافعي

يدخل وجه قولهما ان ثبوت الحكم عند وجود المستدعي هو الاصل والامتناع
لعارض والمانع هاهنا هو الخيار وانه وجد من احد الجانبين لا غير فيعمل
في المنع فيه لا في الجانب الاخر الا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البايع اذا كان
الخيار للمشتري والثمن عن ملك المشتري اذا كان الخيار للبايع فدل ان البيع بات
في حق من لا خيار له فيعمل في ثبات هذا الحكم الذي وضع له وجه قول ابي
حنيفة رحمه الله ان الخيار اذا كان للبايع فالمبيع لم يخرج عن ملكه وهذا
يمنع دخول الثمن في ملك البايع في الاول ودخول المبيع في ملك المشتري في
الثاني لوجهين احدهما انه جمع بين البدل والمبدل في عقد المبادلة
وهذا لا يجوز والثاني ان في هذا ترك التسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة
وهذا لا يجوز لانهما لا يرضيان بالتفاوت وقولهما البيع بات في حق من لا خيار
له قلنا هذا يوجب الثبات في حق الزوال لا في حق الثبوت لان الخيار من احد
الجانبين اثر في المنع من الزوال وامتناع الزوال من احد الجانبين يمنع الثبوت
من الجانب الاخر ان كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين ويتفرع على
هذا الاصل بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله مسايل منها اذا اشترى
ذا رحم محرم منه على انه بالخيار ثلاثة ايام لا يعتق عليه عند ابي حنيفة رحمه
الله لانه لا يدخل في ملكه عنده ولا عتق بدون الملك وهو على خياره ان شا
فسخ البيع وان شا اجاز فان فسخه لا يعتق لان العبد عاد الى ملك البايع
وان اجازه عتق لانه سقط الخيار ولزم العقد فيلزمه الثمن وعندهما
يعتق عليه بنفس الشرا ويلزمه الثمن ويبطل خياره لانه دخل في ملكه
ولو قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر فاشتراه على انه بالخيار ثلاثة
ايام عتق عليه بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه ملكه بنفس الشرا فوجد
شرط الحنث فيعتق واما عند ابي حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمنجز
عند وجود الشرط ولو نجز عتقه بعد شرايه بشرط الخيار بطل خياره
لكون الاعتاق اجازة واختيار الملك على ما نذكر كذا هذا ومنها اذا اشترى
جارية قد ولدت منه بالنكاح على انه بالخيار ثلاثة ايام لا تصير ام ولد له
عند ابي حنيفة لانها لم تدخل في ملكه وهو على خياره ان شا فسخ البيع وعادت
الى ملك البايع وان شا اجازه وصارت ام ولد له ولزمه الثمن وعندهما
صارت ام ولد بنفس الشرا لانها دخلت في ملكه فبطل خياره ولزمه الثمن
ومنها اذا اشترى زوجته بشرط الخيار ثلاثة ايام لا يفسد النكاح

م واذا كان للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه صح

ولو م عتق ود صح

عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما فسد لدخولها في ملكه وملك احد الزوجين
رقبة صاحبه او شقصا منها يرفع النكاح فان وطيها في مدة الخيار فان كانت
بكرا كان اجازة بالاجماع اما عند ابي حنيفة فلاجل النقصان بازالة البكارة
وهي العذرة لا لاجل الوطي لان ملك النكاح قايم وكان حل الوطي قايما فلا حاجة
الى ملك اليمين واما عندهما فلاجل النقصان والوطي جميعا فان كانت ثيبا
لا يبطل خياره عند ابي حنيفة رحمه الله لان بطلان الخيار لضرورة حل الوطي
ولا ضرورة لان ملك النكاح قايم وكان حل الوطي ثابتا فلا ضرورة الى ملك اليمين
لحل الوطي فلم يبطل الخيار وعندهما يبطل خياره لضرورة حل الوطي بملك
اليمين لارتفاع النكاح بنفس الشرا بخلاف ما اذا لم تكن الجارية زوجة
له ووطيها انه يكون اجازة سوا كانت بكرا او ثيبا لان حل الوطي هناك لا يثبت
الا بملك اليمين لانعدام النكاح وكان اقدامه على الوطي اختيارا للملك فيبطل الخيار
ومنها اذا اشترى جارية على انه بالخيار ثلاثة ايام وقبضها فحاضت
عنده في مدة الخيار فاختار البيع لا يجتزى بتلك الحيضة في الاستبرا عند
ابي حنيفة وعليه ان يستبري بها بحيضة اخرى لانها لم تدخل في ملكه عنده
فلم يوجد سبب وجوب الاستبرا وعندهما يحتسب بها لانها دخلت
في ملكه فكانت الحيضة بعد وجود سبب وجوب الاستبرا فكانت
محسوبة منه ولو اختار فسخ البيع ورد الجارية فلا استبرا على البايع عند
ابي حنيفة رحمه الله سوا كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما قبل القبض
القياس ان يجب وفي الاستحسان لا يجب وبعد القبض يجب قياسا واستحسانا
على ما ذكرنا في مسايل الاستبرا وان كان الخيار للبايع ففسخ العقد لا يجب
عليه الاستبرا لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري ان يستبريها
بعد الاجازة والقبض بحيضة اخرى بالاجماع لانه ملكها بعد الاجازة بعد
القبض ملكا مطلقا ومنها اذا اشترى شيا بعينه على انه بالخيار ثلاثة
ايام فقبضه باذن البايع ثم اودعه البايع في مدة الخيار فهلك في مدة
الخيار او بعدها يهلك على البايع ويبطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله لانه
لم يدخل في ملك المشتري ولما رده على البايع فقد ارتفع قبضه فهلك المبيع
قبل القبض وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لانه دخل في ملكه اعني
المشتري فقد اودع ملك نفسه ويد المودع يده فهلاكه في يده كهلاكه في
يد نفسه ولو كان الخيار للبايع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه البايع

م لانها لم تدخل في ملكه عنده صح

203

م حيضة كاملة او بعض الحيضة في مدة الخيار صح

بلغ

في مدة الخيار فهلك في يد البايع قبل جواز المشتري البيع او بعده بطل البيع بالاجماع
ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البايع او بغير اذنه والثمن منقود او موجل
وله خيار روية او خيار عيب فاودعه البايع فهلك عند البايع يهلك علي
المشتري ويلزمه الثمن بالاجماع لان خيار الروية والعيب لا يمنع انعقاد العقد
في حق الحكم فكان مودعا ملك نفسه ومنها اذا اشتري ذمي من ذمي خمرا
او خنزيرا علي انه بالخيار ثلاثة ايام وقبضه ثم اسلم المشتري بطل العقد
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يدخل في ملك المشتري والمسلم ممنوع عن
تملك الخمر بالبيع وعندهما يلزم العقد ولا يبطل لانه دخل في ملك المشتري
والاسلام يمنع من اخراجه عن ملكه ولو اسلم البايع لا يبطل البيع بالاجماع لان
البيع بات في جانبه والاسلام في البيع البات لا يوجب بطلانه اذا كان بعد
القبض والمشتري علي خياره فان اجاز البيع جاز ولزمه الثمن وان فسخه
انفسخ وصار الخمر للبايع حكما والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما الا تري
انه يتملكها بالميراث ولو كان الخيار للبايع فاسلم البايع بطل الخيار لان خيار
البايع يمنع خروج السلعة عن ملكه والاسلام يمنع اخراج الخمر عن ملكه
بالعقد فبطل العقد ولو اسلم المشتري لا يبطل البيع لان البيع بات في جانبه
والبايع علي خياره فان فسخ البيع عادت الخمر اليه وان اجازه صارت الخمر للمشتري
حكما والمسلم من اهل ان يتملكها حكما كما في الارث ولو كان البيع باتا فاسلما او ن ح
اسلم احدهما لا يبطل البيع لان الاسلام متي ورد والحرام مقبوض يلاقيه
بالعفو لانه لم يثبت بعد الاسلام ملك مبتدا لانها ثبوتها بالعقد والقبض
علي الكمال وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافيه فان المسلم
اذا تخمر عصيره لا يومر بابطال ملكه فيها هذا كله اذا اسلما او اسلم احدهما
بعد القبض فاما اذا كان قبل القبض بطل البيع كيف ما كان سوا كان البيع
باتا او بشرط الخيار لهما او لاحدهما لان الاسلام متي ورد والحرام غير مقبوض
يمنع من قبضه بحكم العقد لما في القبض من معني انشا العقد من وجه فيلحق
به في باب الحرمات احتياطا علي ما ذكرنا فيما تقدم وقد تظهر فوايد هذا
الاصل في فروع اخر يطول ذكرها وان كان البيع يطول ذكرها وان كان المبيع
دارا فان كان الخيار للبايع لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لان المبيع لم يخرج
عن ملك البايع وان كان للمشتري يثبت للشفيع بالاجماع اما علي اصلهما فظاهر م حق الشفعة صح
لان المبيع في ملك المشتري واما علي اصل ابي حنيفة فالمبيع وان لم يدخل في ملك

المشتري

المشتري لكنه قد زال عن ملك البايع بالاجماع وحق الشفعة يعتمد زوال ملك
البايع لا ثبوت ملك المشتري والله اعلم ولو تبايعا عبدا بجارية والخيار للبايع
فاعتق البايع العبد نفذ اعتاقه وانفسخ البيع لان خيار البايع يمنع زوال العبد
عن ملكه فقد اعتق ملك نفسه فنفذ وان اعتق الجارية نفذ ايضا ولزم البيع
اما علي اصلهما فظاهر لانه ملكها فاعتق مال نفسه واما علي اصل ابي حنيفة وان
لم يملكها بالعقد لكن الاقدام علي الاعتاق دليل قصد الملك اذ لا وجود للعتق الا بالملك
ولا ملك الا بسقوط الخيار فتضمن اقدامه علي الاعتاق اسقاط الخيار ولو اعتقهما
معا نفذ اعتاقهما جميعا وبطل البيع وعليه قيمة الجارية وعندهما نفذ اعتاقهما
ولا شي عليه اما نفوذ اعتاقهما اما العبد فلا شك فيه لانه لم يخرج عن ملك البايع
بلا خلاف واما الجارية فكذلك علي اصلهما لانها دخلت في ملكه وعند ابي
حنيفة وان لم تدخل في ملكه بنفس العقد فقد دخلت بمقتضي الاقدام علي
اعتاقها علي ما بينا فاعتاقها صادف محلا مملوكا للمعتق فينفذ واما لزوم
قيمة الجارية عند ابي حنيفة فلان العبد بدل الجارية وقد هلك قبل التسليم
بالاعتاق وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب بطلان البيع واذا بطل البيع وجب
رد الجارية وقد عجز عن ردها بسبب العتق فيغرم قيمتها ولو اعتق المشتري
العبد او الجارية لم ينفذ اعتاقه اما العبد فلانه لم يدخل في ملكه واما
الجارية فلانها خرجت عن ملكه والله اعلم واما بيان ما يسقط به الخيار
ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق اما خيار البايع فما يسقط به خياره
ويلزم البيع به في الاصل نوعان احدهما اختياري والاخر ضروري اما
الاختياري فالاجازة لان الاصل هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار وقد
بطل بالاجازة فيلزم البيع والاجازة نوعان صريح وما هو في معني الصريح
ودلالة اما الاول فنحو ان يقول البايع اجزت البيع او اوجبته او اسقطت
الخيار او ابطلته وما يجري هذا المجري سوا علم المشتري بالاجازة او لم يعلم
واما الاجازة بطريق الدلالة فهي ان يوجد منه تصرف في الثمن يدل
علي الاجازة وايجاب البيع فالاقدام عليه يكون اجازة للبيع دلالة والاصل فيه
ما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال لبريرة حين اعتقت ملكت
بضعك فاختاري وان وطيك زوجك فلا خيار لك فقد جعل النبي صلي الله عليه وسلم
تمكينها من الوطي دليل بطلان الخيار فصار ذلك اصلا لان الخيار كما يسقط بصريح
الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة وعلي هذا يخرج ما اذا كان الثمن

عينا فتصرف البايع فيه تصرف الملاك بان باعه او ساومه او اعتقه او دبره او كاتبه او اجره او رهنه ونحو ذلك لان ذلك يكون اجازة للبيع اما على اصلهما فلان الثمن دخل في ملك البايع وكان التصرف فيه دليل تقرر ملكه وانه دليل اجازة البيع واما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فلان الاقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك فيه وذا دليل الاجازة وكذلك ان كان الثمن دينا فابرا البايع المشتري من الثمن او اشترى منه شيا او وهبه من المشتري فهو اجازة للبيع لما قلنا ويصح شراوه وهبته لانه هبة الدين والشرا به ممن عليه الدين وانه جايز وكذا لو ساومه البايع بالثمن الذي في ذمته شيا لانه قصد تملك ذلك الشي ولا يمكنه التملك الا بثبوت ملكه في الثمن او تقرره فيه ولو اشترى بالثمن شيا من غيره لم يصح الشرا وكان اجازة اما عدم صحة الشرا فلانه شرا بالدين من غير من عليه الدين واما كونه اجازة للبيع فلان الشرا به من غيره وان لم يصح لكنه قصد التملك وذا دليل الاجازة كما اذا ساومه بل اولى لان الشرا به في الدلالة على قصد التملك فوق المساومة فلما كانت المساومة اجازة فالشرا اولى بخلاف ما اذا كان البايع قبض الثمن الذي هو دين فاشترى به شيا انه لا يكون اجازة للبيع لان عين المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ لان الدراهم والدنانير لا يتعينان عندنا في الفسخ كما لا يتعينان في العقد فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد فلا يكون التصرف فيه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اشترى به قبل القبض لانه اضاف الشرا الى عين ما هو مستحق ؟ فكان دليل القصد الى الملك او تقرره فيه على ما بينا ولو كان الخيار للمشتري فابراه البايع من الثمن قال ابو يوسف لا يصح الابرا لان خيار المشتري يمنع وجوب الثمن والابرا اسقاط واسقاط غير الثابت لا يتصور وروي عن محمد انه اذا اجاز البيع نفذ الابرا لان الملك يثبت مستندا الى وقت البيع فيتبين ان الثمن كان واجبا فكان ابرا بعد الوجوب فينفذ والله اعلم واما الضروري فثلاثة اشيا احدها مضي مدة الخيار لان الخيار يتوقت به والوقت الى غاية ينتهي عند وجود الغاية لكن هل تدخل الغاية في شرط الخيار بان شرط الخيار الى الليل او الى الغد هل يدخل الليل او الغد قال ابو حنيفة يدخل وقال ابو يوسف ومحمد لا يدخل وجه قولهما ان الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في قوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل حتى لا يجب الصوم في الليل وكما في التاجيل الى غاية ان الغاية لا تدخل تحت الاجل كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان الغايات منقسمة غاية اخراج وغاية اثبات فغاية الاخراج تدخل تحت ما ضربت

لزيم

ط الملزوم بالعقد صح

ما

305

له الغاية كما في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق والغاية ههنا في معنى غاية الاخراج لانه لولم يذكر الوقت اصلا لاقتضى ثبوت الخيار في الاوقات كلها حتى لم يصح لانه يكون في معنى شرط خيار مويد بخلاف التاجيل الى غاية فانه لولا ذكر الغاية لم يثبت الاجل اصلا فكانت الغاية غاية اثبات فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية والثاني موت البايع في مدة الخيار عندنا وقال الشافعي لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والاجازة والله اعلم ولقب هذه المسلة ان خيار الشرط هل يورث ام لا عندنا لا يورث وعنده يورث واجمعوا على ان خيار القبول لا يورث بالاجماع وكذا الاجل لا يورث بالاتفاق واجمعوا على ان خيار العيب وخيار التعيين يورث واما خيار الروية فلم يذكر في الاصل وذكر في الحيل انه لا يورث وكذا روى ابن سماعة عن محمد انه لا يورث احتج الشافعي رحمه الله بظواهر ايات المواريث حيث اثبت الله تعالى الارث في المتروك مطلقا والخيار متروك فيجري فيه الارث وبما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق تركه فيكون لورثته ولانه حق ثبت بالبيع فيجري فيه الارث كالملك الثابت به وهذا لان الارث كما يثبت في الاملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع ولهذا يثبت في خيار العيب وخيار التعيين كذا هذا ولنا ان الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من ان يثبت ابتدا او بطريق الارث لا سبيل الى الاول لان شرط الخيار لم يوجد من الوارث ابتدا واثبات الخيار له من غير وجود الخيار منه خلاف الحقيقة ولا سبيل الى الثاني لان الارث يعتمد البقا بعد موت المورث وخياره لا يبقى بعد موته لان خياره هو تخييره بين الفسخ والاجازة ولا يتصور ذلك منه بعد موته فلا يورث بخلاف خيار العيب والتعيين لان الموروث هناك محتمل للارث وهو العين المملوكة واما الاية والحديث فنقول بموجبهما لكن لم قلتم ان الخيار متروك وهذا لان المتروك عين تبقى والخيار عرض لا يبقى فلم يكن متروكا فلا يورث والله اعلم والثالث اجازة احد الشريكين عند ابي حنيفة بان باعا على انهما بالخيار فاجاز احدهما بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ وعندهما لا يبطل وخيار الاخر على حاله وسنذكر المسلة في خيار العيب ان شا الله تعالى ولو بلغ الصبي في مدة خيار شرطه الاب او الوصي لنفسه في بيع مال

ر

لا يورث وكذلك خيار الاجازة في بيع الفضولي صح

م

شرطهم

الصبي هل يبطل الخيار قال ابو يوسف يبطل ويلزم العقد وقال محمد
ينتقل الاجازة الى الصبي فلا يملك الولي الاجازة لكنه يملك الفسخ
وجه قول محمد ان الولي يتصرف في مال الصغير بطريق النيابة
عنه شرعا لعجزه عن التصرف بنفسه وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل
الاجازة اليه الا انه يملك الفسخ لانه من باب دفع الحق فيملكه كالفضولي
في البيع انه يملك الفسخ قبل اجازة المالك وان لم يملك الاجازة وجه
قول ابي يوسف ان الخيار ثبت للولي وهو ولاية الفسخ والاجازة وقد
بطل بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال الى الصبي ولهذا لم ينتقل الى الوارث
بموت من له الخيار ولو عجز المكاتب في مدة خيار شرطه لنفسه في البيع
بطل الخيار ولزم البيع في قولهم جميعا لانه لما عجز ورد الى الرق لم يبق
له ولاية الفسخ والاجازة فيسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت وكذلك
العبد المأذون اذا حجر عليه المولى في مدة الخيار بطل خياره عند ابي يوسف
واحدى الروايتين عن محمد لما قلنا ولو اشترى الاب او الوصي شيئا بدين
في الذمة وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبي جاز العقد عليهما والصبي بالخيار
ان شاء اجاز العقد وان شاء فسخ اما الجواز عليهما فلان ولايتهما قد انقطعت
بالبلوغ فلا يملكان التصرف بالفسخ والاجازة فيبطل خيارهما وجاز العقد
في حقهما واما خيار الصبي فلان الجواز واللزوم لم يثبت في حقه وانما
يثبت في حقهما فكان له خيار الفسخ والاجازة واما خيار المشتري فيسقط
بما يسقط به خيار البايع وبغيره ايضا فيسقط بمضي المدة وبموت من له
الخيار عندنا واجازة احد الشريكين عند ابي حنيفة والاجازة صريح
وما هو في معنى الصريح ودلالة وهو ان يتصرف المشتري في المبيع تصرف
الملاك كالبيع والمساومة والاعتاق والتدبير والكتابة والاجارة والهبة
والرهن سلم او لم يسلم لان جواز هذه التصرفات تعتمد الملك فالاقدام
عليها يكون دليل قصد التملك او تقرر الملك على اختلاف الاصلين وذا
دليل الاجازة وكذا الوطي منه والتقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة
والنظر الى فرجها بشهوة يكون اجازة منه لانه تصرف لا يحل الا بملك
اليمين واما المس لا عن شهوة والنظر الى فرجها لغير شهوة فلا يكون
اجازة لان ذلك مباح في الجملة بدون الملك للطبيب والقابلة واما
الاستخدام فالقياس ان يكون اجازة بمنزلة المس عن شهوة والنظر الى الفرج

ع

عن شهوة وفي الاستحسان لا يكون لانه لا يختص بالملك ولانه يحتاج اليه للتجربة
والامتحان لينظر انه يوافقه ام لا على ان فيه ضرورة لان الاحتراز عن
ذلك بان يسأله ثوبه عند ارادته الرد فيرده او يستسرجه دابته م غير ممكن صح
ليركبها فيردها متعذر فيسقط اعتباره لمكان الضرورة ولو قبلت الجارية المشتري ب
لشهوة او باشرته فان كان ذلك بتمكين المشتري بان علم ذلك
منها وتركها حتى فعلت يسقط خياره وكذا هذا في خيار الرؤية اذا
قبلته بعد الرؤية وكذا في خيار العيب اذا وجد بها عيبا ثم قبلته وكذا
في الطلاق اذا فعلت ذلك كان رجعة وان اختلست اختلاسا من غير
تمكين المشتري والزوج وهو كاره لذلك فكذلك عند ابي حنيفة وروي
عن ابي يوسف انه لا يكون ذلك رجعة ولا اجازة للبيع وقال محمد لا
يكون فعلها اجازة للبيع كيف ما كان واجمعوا على انها لو باضعته
وهو نائم بان ادخلت فرجه في فرجها انه يسقط الخيار ويكون رجعة
وجه قول محمد ان الخيار حق شرط له ولم يوجد منه ما يبطله نصا
ولا دلالة وهو فعل يدل عليه فلا يبطل ولابي حنيفة رحمه الله ان الاحتياط
يوجب سقوط الخيار اذ لو لم يسقط ومن الجائز ان يفسخ البيع ليتبين ان
المس عن شهوة والتمكين من المس عن شهوة حصل من غير ملك وكان ذلك
حرام فكان سقوط الخيار وثبوت الرجعة طريق الصيانة عن ارتكاب الحرام
وانه واجب ولان المس عن شهوة يفضي الى الوطي والسبب المفضي الى الشي يقوم
مقامه خصوصا في موضع الاحتياط فاقيم ذلك مقام الوطي من المشتري
ولهذا تثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة من الجانبين لكونه سببا
مفضيا الى الوطي فاقيم مقامه كذا هذا ولو قبل المشتري الجارية ثم قال
قبلتها لغير شهوة فالقول قوله كذا روي عن محمد لان الخيار كان ثابتا
له فهو بقوله كان لغير شهوة ينكر سقوطه فكان القول قوله وكذلك
قال ابو حنيفة في الجارية اذا قبلت المشتري لشهوة انما يسقط الخيار م انه صح
ويلزم العقد اذا اقر المشتري انها فعلت لشهوة فاما اذا انكر ان يكون ذلك
لشهوة فلا يسقط خياره لان حكم فعلها يلزم المشتري بسقوط حقه فيتوقف
على اقراره ولو حدث في المبيع في يد المشتري ما يمنع الرد على البايع بطل
خياره لان فائدة الخيار هو التمكن من الفسخ والرد فاذا خرج عن احتمال الرد لم يكن
في بقاء الخيار فائدة فلا يبقى وذلك نحو ما اذا هلك في يده او انتقص بان تعيب

بعيب لا يحتمل الارتفاع سوا كان فاحشا او يسيرا و سوا كان ذلك بفعل المشتري
او بفعل البايع او بافة سماوية او بفعل المبيع او بفعل الاجنبي لان حدوث هذه
المعاني في يد المشتري يمنع الرد اما الهلاك فظاهر و كذا النقصان
لفوات شرط الرد وهو ان يكون ما قبض كما قبض لانه اذا نقص شي منه
فقد تعذر رد القدر الفايت فتقرر على المشتري حصته من الثمن لان
فواته حصل في ضمان المشتري فلو رد الباقي كان ذلك تفريق الصفقة
على البايع قبل التمام وهذا لا يجوز واذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا وهذا
قول ابي حنيفة و محمد وهو قول ابي يوسف ايضا الا في خصلة واحدة
وهي ما اذا انتقض بفعل البايع فان المشتري فيهما على خياره عنده ان شا
رده عليه وان شا امسكه واخذ الارش من البايع كذا ذكر القاضي في شرحه
مختصر الطحاوي الاختلاف و ذكر الكرخي الاختلاف بين ابي حنيفة وابي
يوسف ومحمد وان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض فالمشتري على
خياره ان شا فسخ وان شاء اجاز لان كل عارض على اصل اذا ارتفع يلتحق بالعدم م شا صح
ويجعل كانه لم يكن هذا هو الاصل وليس له ان يفسخ الا ان يرتفع العيب في
مدة الخيار فان مضت المدة والعيب قايم بطل حق الفسخ ولزم البيع لتعذر
الرد والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا ازداد المبيع زيادة متصلة غير متولدة
من الاصل كما اذا كان ثوبا فصبغه او سويقا فلته بسمن او كان ارضا فبنى
عليها او غرس فيها انه يبطل خياره لان هذه الزيادة مانعة من الرد بالاجماع
فكانت مسقطة للخيار ولو كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالحسن
والجمال والسمن والبرء من المرض وانجلاء البياض من العين ونحو ذلك
فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمة الله عليهما وعند محمد رحمه الله
لا يبطل بنا على ان هذه الزيادة تمنع الرد عندهما كما في العيب في المهر في
النكاح وعنده لا يمنع والمسلة تاتي في موضعها ان شا الله تعالى وان كانت
الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والثمر واللبن ونحوها او كانت
غير متولدة من الاصل لكنها بدل الجزء الفايت كالارش او بدل ما هو في
معنى الجزء كالعقر يبطل خياره لانها مانعة من الرد عندنا وان كانت
منفصلة غير متولدة من الاصل ولا هي بدل الجزء الفايت او ما هو في
معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة لا يبطل خياره لان هذه الزيادة لا تمنع
الرد فلا تبطل الخيار فان اختار البيع فالزوايد له مع الاصل لانه تبين انها

كسب

207

كسب ملكه وكان ملكه وان اختار الفسخ رد الفسخ الاصل مع الزوايد عند
ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد الزوايد تكون له بنا على ان ملك
المبيع كان موقوفا فاذا فسخ تبين انه لم يدخل في ملكه فتبين ان الزيادة
حصلت على ملك البايع فيردها اليه مع الاصل وعندهما المبيع دخل في
ملك المشتري فكانت الزوايد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر في الاصل لا
في الزيادة فبقيت على حكم ملك المشتري ولو كان المبيع دابة فركبها فان
ركبها لحاجة نفسه كان اجازة وان ركبها ليسقيها او ليشتري لها علفا
او ليردها على بايعها فالقياس ان يكون اجازة لانه يمكنه ان يفعل ذلك قودا
وفي الاستحسان لا يكون اجازة وهو على خياره لان ذلك مما لا بد منه خصوصا
اذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالمقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا
يجعل اجازة ولو ركبها لينظر الى سيرها لا يبطل خياره لانه لا بد من ذلك
للاختيار بخلاف خيار العيب انه اذا ركبها لينظر الى ركوبها بعد ما علم ركبها صح
بالعيب انه يبطل خياره لان له منه بدا اذ لا حاجة الى الركوب هناك لمعرفة
سيرها فكان دليل الرضا بالعيب ولو كان المبيع ثوبا فلبسه لينظر الى قدره
من طوله وعرضه لا يبطل خياره لان ذلك مما يحتاج اليه للتجربة والامتحان
انه يوافقه ام لا فلم يكن منه بد ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة
اخرى ينظر ان ركبها لمعرفة سير اخر غير الاول بان ركبها مرة ليعرف انها
هملاج ثم ركبها ثانيا ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره لان معرفة
السيرين مقصودة تقع الحاجة اليها في بعض الدواب وان ركبها لمعرفة
السير الاول فقد قالوا يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا لا يسقط لان الاختيار م قالوا اسقط الخيار وكذا
لا يحصل بالمرة الواحدة لجواز ان الاول وقع اتفاقا فيحتاج الى التكرار للمعرفة في استخدام الرقيق اذا
العادة وفي الثوب اذا لبس مرة لمعرفة الطول والعرض ثم لبسه ثانيا يسقط استخدم في نوع ثم استخدم
خياره لانه لا حاجة الى تكرار اللبس في الثوب لحصول المقصود باللبس في ذلك النوع صح
مرة واحدة ولو حمل على الدابة علفا فهو اجازة لانه يمكن حمل العلف
على غيرها ولو قص حوافرها او اخذ من عرفها شيا فهو على خياره لانه تصرف
لا يختص بالملك اذ هو من باب اصلاح الدابة فيملكه كل احد ويكون ماذونا
فيه دلالة كما اذا علفها او سقاها ولو ودجها او بزغها فهو اجازة لانه
تصرف فيها بالتنقيص وان كان شاة فحلبها او شرب لبنها فهو اجازة
لانه لا يحل الا بالملك او الاذن من المالك ولم يوجد الاذن فكان دليلا على

قصد التملك او التقرير فيكون اجازة ولو كان المبيع دارا فسكنها المشتري او
اسكنها غيره باجر او بغير اجر او رم شيا منها او جصصها او طينها او احدث
فيها شيا او هدم منها شيا فذلك كله اجازة لانه دليل اختيار الملك او
تقريره فكان اجازة دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في بلغ
سكني المشتري روايتان ووفق بينهما فحمل احداهما علي ابتدا السكني
والاخري علي الدوام عليه ولو كان فيه ساكن باجر فاخذ منها البايع برضا
المستاجر وشرط الخيار للمشتري فتركه المشتري فيها او استادي
الغلة فهو اجازة لان الاجرة بدل المنفعة فكان اخذها دلالة قصد تملك
المنفعة او تقرير ملك المنفعة وذلك قصد تملك او تقرر ملكه فيها (م الادوم صح)
فكان اجازة ولو كان المبيع ارضا فيها حرث فسقاه او حصده او فصل
منه شيا فهو اجازة لان السقي تصرف في الحرث بالتزكية فكان دليل
اختيار البيع وايجابه وكذا الفصل تصرف فيه بالتنقيص فكان دليل
قصد التملك او التقرر ولو شرب من نهر تلك الارض او سقي منه
دوابه لا يكون اجازة لان هذا تصرف لا يختص بالملك لانه مباح ولو كان
المبيع رحا فطحن فيها فان طحن ليعرف مقدار طحنها فهو علي خياره لانه (م لان هذا القدر لابد منه صح)
يحقق ما شرع له الخيار ولو دام علي ذلك كان اجازة لانه لا حاجة الي
الزيادة للاختبار فكان دليل الرضا بوجوب البيع واما خيار البايع والمشتري
جميعا فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد فان اجاز صريحا او ما يجري
مجري الصريح او فعل ما يدل علي الاجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه
والاخر علي خياره ان شا اجاز وان شا فسخ وان فسخ صريحا او ما يجري مجري
الصريح او فعل ما يدل علي الفسخ انفسخ اصلا وراسا ولا تلحقه الاجازة
من صاحبه بعد ذلك وانما اختلف حكم الفسخ والاجازة لان الفسخ تصرف
في العقد بالابطال والعقد بعد ما بطل لا يحتمل الاجازة لان الباطل متلاشي
واما الاجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير وهو الالزام لا بالاعدام فلا
يخرجه عن احتمال الفسخ والاجازة ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر انفسخ
العقد سوا كانا علي التعاقب او علي القران لان الفسخ اولي من الاجازة الا (اقوي)
تري انه يلحق الاجازة فان المجاز يحتمل الفسخ فاما الاجازة فلا تلحق الفسخ
فان المفسوخ لا يحتمل الاجازة فكان الفسخ اقوي من الاجازة اولي ولو اختلفا في (م فكان صح)
الفسخ والاجازة فقال احدهما فسخنا البيع وقال الاخر لا بل اجزنا جميعا

البيع

البيع فاختلافهما لا يخلوا منه ان يكون في مدة الخيار او بعد مضي المدة فان
كان في المدة فالقول قول من يدعي الفسخ لان احدهما ينفرد بالفسخ واحدهما
لا ينفرد بالاجازة ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي الاجازة
لانه المدعي وان كان بعد مضي المدة فقال احدهما مضت المدة بعد
الفسخ وقال الاخر بعد الاجازة فالقول قول من يدعي الاجازة لان الحال
حال الجواز وهو ما بعد انقضا المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان
القول قوله ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي الفسخ لانها تثبت
امرا بخلاف الظاهر والبينات شرعت له وان كان الخيار لاحدهما
واختلفا في الفسخ والاجازة في مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سوا
ادعي الفسخ او الاجازة لانه يملك الامرين جميعا والبينة بينة الاخر لانه هو
المدعي ولو كان اختلافهما بعد مضي مدة الخيار فالقول قول من يدعي
الاجازة ايهما كان لان الحال حال الجواز وهي ما بعد مضي المدة ولو ارخت
البينتان في هذا كله فاسبقهما تاريخا اولي سوا قامتا علي الفسخ او علي
الاجازة والله اعلم وان كان خيار الشرط لغير العاقدين بان شرط احدهما
الخيار لاجنبي فقد ذكرنا ان ذلك جايز والشارط والمشروط له خيار الفسخ
والاجازة وايهما اجاز جاز وايهما فسخ انفسخ لانه صار مشارطا لنفسه
بمقتضي الشرط لغيره وصار المشروط له بمنزلة الوكيل للشارط في الفسخ
والاجازة فان اجاز احدهما وفسخ الاخر فان كانا علي التعاقب فاولهما
اولي فسخا كان او اجازة لان الثابت بالشرط احد الامرين فايهما سبق
وجوده بطل الاخر وان كانا معا ذكر في البيوع ان تصرف المالك
اولي نقضا كان او اجازة وذكر في الماذون ان النقض اولي من ايهما كان
وجه رواية البيوع ان تصرف المالك صدر عن ولاية الملك فلا
يعارضه الصادر عن ولاية النيابة وجه رواية الماذون ان النقض اقوي
من الاجازة لان المجاز يحتمل الفسخ اما المفسوخ فلا يحتمل الاجازة فكان
الرجحان للنقض من ايهما كان وقيل ما روي في البيوع قول محمد لانه يقدم
ولاية الملك علي ولاية النيابة وما ذكر في الماذون قول ابي يوسف
لانه لا يري تقدم ولاية الملك واصله ما ذكر في النوادر ان الوكيل بالبيع
اذا باع من انسان وباع المالك من غيره وخرج الكلامان معا ان بيع الموكل
اولي عند محمد وعند ابي يوسف يجعل العبد نصفين ويخير كل واحد

من المشترين والله اعلم واما بيان ما ينفسخ به فالكلام فيه في موضعين
احدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرايطه فنقول
وبالله التوفيق ما ينفسخ به في الاصل نوعان اختياري وضروري
فالاختياري نوعان ايضا صريح وما هو في معني الصريح ودلالة اما
الاول فنحو ان يقول من يملك الخيار فسخت البيع او نقضته او ابطلته
وما يجري هذا المجري فينفسخ البيع سوا كان للبايع او للمشتري او لهما او

م الخيار صح

لغيرهما ولا يشترط له التراضي ولا قضا القاضي لان الفسخ حصل بتسليط
صاحبه عليه واما الفسخ من طريق الدلالة فهو ان يتصرف من
له الخيار تصرف الملاك ان كان الخيار للبايع وفي الثمن ان كان عينا ان كان
الخيار للمشتري لان الخيار اذا كان للبايع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك

واذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن اذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه صح

دليل استبقا ملكه فيه ولا يكون ذلك الا بالفسخ والاقدام عليه يكون
فسخا للعقد دلالة والحاصل ان ما وجد من البايع في المبيع ما لو وجد منه
في الثمن اذا كان عينا لو وجد ذلك منه في المبيع لكان اجازة للبيع يكون فسخا
للبيع وقد ذكرنا ذلك كله وهذا النوع من الفسخ لا يقف علي علم صاحبه

لكان اجازة للبيع يكون فسخا للبيع وما وجد من المشتري في الثمن صح

بلا خلاف بخلاف النوع الاول لان الانفساخ هنا لا يثبت بالفسخ مقصودا
وانما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصودا كبيع
الشرب والطريق انه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للارض والله اعلم
واما الضروري فنحو ان يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سوا كان
الخيار للبايع او للمشتري او لهما جميعا لانه لو كان باتا لبطل فاذا كان
فيه خيار الشرط اولي لانه اضعف منه وان هلك بعد القبض فان كان
الخيار للبايع فكذلك يبطل البيع ولكن تلزمه القيمة ان لم يكن له مثل
والمثل ان كان له مثل اما بطلان البيع فلان المبيع صار بحال لا يحتمل انشا
العقد عليه فلا يحتمل الاجازة فينفسخ العقد ضرورة واما لزوم القيمة
فقول عامة العلما وقال ابن ابي ليلي انه يهلك امانة وجه قوله
ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع علي حكم ملك البايع
امانة في يد المشتري فهلك هلاك الامانات ولنا ان البيع وان لم
ينعقد في حق الحكم لكن المبيع مقبوض المشتري علي حكم البيع فلا يكون دون
المقبوض علي سوم الشرا بل هو فوقه لان هناك لم يوجد العقد لا بنفسه
ولا بحكمه وهاهنا ان لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه وذاك مضمون

بالقيمة

بالقيمة او بالمثل فهاهنا اولي وان كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع ولكن يبطل
الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن اما علي اصلهما فظاهر لان المشتري ملكه
بالعقد فاذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضمونا بالثمن
كما في البيع البات واما علي اصل ابي حنيفة فالمشتري وان لم يملكه فقد اعترض
عليه في يده قبل الهلاك ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البايع
لان الهلاك في يده لا يخلو من تقدم عيب عادة لانه لا يخلو عن سبب
موته في الهلاك عادة وانه يكون عيبا وتعيب المبيع في يد المشتري
يمنع الرد ويلزم البيع لما ذكرنا فيما تقدم فاذا هلك يهلك بالثمن ولو
استهلك المبيع اجنبي والخيار للبايع لا ينفسخ البيع والبايع علي خياره
لانه يهلك الي خلف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو
اتلاف مال متقوم مملوك لغيره لان خيار البايع يمنع خروج المبيع عن
ملكه والهالك الي خلف قايم معني فكان المبيع قايما فكان محتملا للاجازة سوا
كان المبيع في يد المشتري او في يد البايع لانه مضمون بالاتلاف في
الحالين جميعا فان شا فسخ البيع واتبع الجاني بالضمان وكذلك لو استهلكه
المشتري لانه وجب الضمان عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب
والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه فكان المبيع قايما معني فكان الخيار علي
حاله فان شا فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شا اجازه واتبعه
بالثمن ولو تعيب المبيع في يد البايع فان كان بافة سماوية او بفعل المبيع لا
يبطل البيع وهو علي خياره لان ما انتقص منه من غير فعله فهو غير مضمون
عليه حيث لا يسقط بحصته شي من الثمن فلا ينفسخ البيع في قدر الفايت فابقا
الخيار لا يودي الي تفريق الصفقة علي المشتري فان شا فسخ البيع وان
شا اجازه فان اجاز فالمشتري بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا
تركه لتغير المبيع قبل القبض وان كان بفعل البايع بطل البيع لان ما انتقص
بفعله فهو مضمون عليه حتي يسقط عن المشتري حصته قدر النقصان
من الثمن فالاجازة تتضمن تفريق الصفقة علي المشتري قبل التمام وان كان
بفعل اجنبي لم يبطل البيع وهو علي خياره لان قدر النقصان هلك الي خلف
وهو الضمان فكان قايما معني فلم يبطل البيع في قدر الهالك فكان البايع علي
خياره ان شا فسخ البيع واتبع الجاني بالارش وان شا اجاز واتبع المشتري
بالثمن والمشتري اتبع الجاني بالارش وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل

البيع والبايع على خياره لان المبيع على ملك البايع وكان قدر النقصان مضمونا
على المشتري وكان هلاكا الى خلف وكان البيع على حاله والبايع على
خياره ان شا فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شا اجازه واتبعه
بالثمن وكذلك اذا تعيب في يد المشتري بفعل اجنبي او بفعل المشتري او
بافة سماوية فالبايع على خياره فان شا اجاز البيع وان شا فسخه فان اجاز
اخذ من المشتري جميع الثمن سوا كان التعيب بفعل المشتري او بفعل الاجنبي
او بافة سماوية لان البيع جاز في الكل ولا يكون للمشتري خيار الرد بحدوث
التغير في المبيع لانه حدث في يده في ضمانه غير انه ان كان التعيب بفعل
المشتري فلا سبيل له على احد وان كان بفعل الاجنبي فللمشتري ان يتبع
الجاني بالارش لانه ملك العبد باجازة البايع من وقت البيع فتبين
ان الجناية حصلت على ملكه وان فسخ ينظر ان كان التعيب بفعل المشتري
فان البايع ياخذ الباقي وياخذ ارش الجناية من المشتري لان العبد كان
مضمونا على المشتري بالقيمة الا ترى لو هلك في يده لزمته قيمته وبالفسخ
وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفايت فيلزمه رد قيمته وكذلك
اذا تعيب بافة سماوية لما قلنا وان كان التعيب بفعل اجنبي فالبايع بالخيار
ان شا اتبع الاجنبي بالارش لان الجناية حصلت على ملكه وان شا اتبع ~~الاجنبي~~
المشتري لان الجناية حصلت في ضمان المشتري فان اختار اتباع الاجنبي
فالاجنبي لا يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه وان اختار اتباع المشتري
فالمشتري يرجع بما ضمن من الارش على الاجنبي لان المشتري قام مقام البايع
في حق ملك بدل الفايت وان لم يقم مقامه في حق ملك نفس الفايت كالغاصب
المدبر اذا قتل المدبر في يده وضمنه المالك ان له ان يرجع بما ضمن على
القاتل وان لم يملك نفس المدبر كذا هذا والله اعلم واما شرايط جواز
الفسخ فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ
ومنها علم صاحبه بالفسخ عند ابي حنيفة ومحمد حتى لو فسخ بغير علمه
كان فسخه موقوفا عندهما ان علم صاحبه بفسخه في مدة الخيار نفذ وان
لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد وكذا لو اجاز الفاسخ العقد بعد فسخه
قبل علم صاحبه جازت اجازته ولزم العقد وبطل فسخه وهو قول ابي
يوسف الاول ثم رجع وقال علم صاحبه ليس بشرط حتى لو فسخ يصح فسخه
علم صاحبه بالفسخ او لا وروي عن ابي يوسف انه فصل بين خيار البايع

وخيار المشتري فلم يشترط العلم في خيار البايع وشرط في خيار المشتري
واما خيار الروية فهو على هذا الاختلاف ذكره الكرخي ولا خلاف بين
اصحابنا في خيار العيب ان العلم بالفسخ فيه شرط سوا كان بعد القضا
او قبله واجمعوا على ان عزل الموكل وكيله بغير علمه وان فسخ احد لا يصح صح
الشريكين الشركة او نهي رب المال المضارب عن التصرف بغير علم لا يصح
وجه قول ابي يوسف انه يملك الاجازة بغير علم صاحبه فيملك الفسخ
والجامع بينهما ان كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه
فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالبيع اذا باع من غير علم وجه الموكل صح
قولهما ان الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به صاحبه فلا ينفذ
دفعا للضرر عنه كالموكل اذا عزل وكيله بغير علمه وبيان الضرر
ان صاحبه اذا لم يعلم بالفسخ يتصرف في المبيع بعد مضي مدة الخيار على
ظن انه ملكه فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين انه تصرف في ملك
غيره وانه سبب لوجوب الضمان فيتضرر به ولهذا لم يجز عزل
الوكيل بغير علمه كذا هذا بخلاف الاجازة انه يصح من غير علمه لانه لا
ضرر فيه وكذا لا ضرر في بيع الوكيل بغير علم الموكل ومنها ان لا يكون
في الفسخ تفريق الصفقة حتى لا يملك الاجازة في البعض دون البعض
لانه تفريق الصفقة قبل تمامها وانه باطل واما الخيار الثابت — خيار العيب
بالشرط دلالة فهو خيار العيب والكلام في بيع المعيب في مواضع في
بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان تفسير العيب الذي يوجب
الخيار وتفصيل المفسر وفي بيان شرايط ثبوت الخيار وفي
طريق اثبات العيب وفي بيان كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد
ثبوته ويلزم البيع وفي بيان من تلزمه الخصومة في العيب ومن لا تلزمه
وفي بيان ما يمنع الرد بالعيب وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته
ويلزم البيع وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع وفي بيان
طريق الرجوع اما حكمه فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال
لان ركن البيع مطلق عن الشرط نصا والثابت بدلالة النص شرط السلامة
لا شرط السبب ولا شرط الحكم واثره في منع اللزوم لا في منع اصل الحكم
بخلاف البيع بشرط الخيار لان الشرط المنصوص عليه هناك دخل
على السبب فيمنع انعقاده في حق الحكم في مدة الخيار واما صفته فهي انه

ملك غيره لازم لان السلامة شرط في العقد دلالة فما لم يسلم المبيع لا يلزم
البيع فلا يلزمه حكمه والدليل علي ان السلامة مشروطة في العقد دلالة
ان السلامة في المبيع مطلوبة المشتري عادة الي اخره لان غرضه الانتفاع
بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه الا بقيد السلامة ولانه لم يدفع جميع الثمن
الا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت
كالمشروطة نصا فاذا فاتت كان له الخيار كما اذا اشتري جارية علي انها
بكر او علي انها طباخة فلم يجدها كذلك وكذا السلامة من مقتضيات
العقد ايضا لانه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها علي المساواة عادة وحقيقة
وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل والسلامة بالسلامة فكان
اطلاق العقد مقتضيا للسلامة فاذا لم يسلم المبيع للمشتري ثبت له
الخيار لان المشتري يطالبه بتسليم قدر الفايت بالعيب بحكم العقد
وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار ولان السلامة لما كانت مرغوبة
المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار لان الرضا شرط
صحة البيع قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فانعدام الرضا يمنع صحة البيع واختلاله
يوجب الخيار فيه اثباتا للحكم علي قدر الدليل والاصل في شرعية هذا
الخيار ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشتري شاة
محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين ثلاثة ايام وفي رواية باحد
النظرين الي ثلاثة ايام ان شا امسك وان شا رد ورد معها صاعا من
تمر والنظران المذكوران هما نظر الامساك والرد وذكر الثلاثة في
الحديث ليس للتوقيت لان هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بنا الامر
علي الغالب المعتاد لان المشتري ان كان به عيب يقف عليه المشتري في
هذه المدة عادة ورضي به فيمسكه او لا يرضي به فيرده والصاع من التمر
كان قيمة اللبن الذي حلبه المشتري علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق
المشاهدة والله اعلم واما تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل
المعتبر فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا او
يسيرا فهو عيب يوجب الخيار وما لا فلا نحو العمي والعور والحول
والقبل وهو نوع من الحول مصدر الاقبل وهو الذي كانه ينظر الي طرف
انفه والسبل وهو زيادة في الاجفان والعشا مصدر الاعشي وهو الذي

219

لا يبصر بالليل والخوص مصدر الاخوص وهو غاير العين والحوص مصدر
الاحوص وهو الضيق في مؤخر العين والغرب وهو ورم في آماق وهي
اطراف العين التي تلي الانف وقيل هي دوران العين الدمع دايما والظفرة
وهي التي يقال لها بالفارسية ناخنه والشتر وهو انقلاب جفن
العين والبرص والقرع والسلع والشلل والزمانة والفدع وهو
اعوجاج في الرسغ من اليد او الرجل والفحج مصدر الافحج وهو الذي تتداني
عقباه ويتباعد ساقاه في المشي والصكك مصدر الاصك وهو
الذي يصطك ركبتاه والحنف مصدر الاحنف وهو الذي اقبلت
احدي رجليه علي الاخري والبرخ مصدر الابرخ وهو خروج الصدر ابهام مع
والعسر مصدر الاعسر وهو الذي يعمل بشماله والاصبع الزايدة والناقصة
والسن الشاغيه والسودا والناقصة والظفر الاسود والبخر وهو
نتن الفم في الجواري لا في العبيد الا ان يكون فاحشا لانه حينيذ يكون
عن دا والدفر وهو نتن الابط في الجارية لا في الغلام الا ان يتفاحش
فيكون عيبا فيهما جميعا والادر مصدر الادرة وهو الذي به ادرة
يقال لها بالفارسية فتح والرتق وهو انسداد فرج الجارية والفتق
وهو انفتاح فرجها والقرن وهو في النسا كالادرة في الرجال والشمط
والشيب في الجواري والعبيد والثولول والقروح والشجاج والامراض
كلها والحبل في الجواري لا في البهايم لانه زيادة في البهيمة وحذف
الحروف في المصحف او في بعضه والزنا في الجارية لا في الغلام لانه يفسد
الفراش وقد يقصد الفراش في الاما بخلاف الغلام الا اذا تحشش
وصار اتباع النسا عادة له فيكون عيبا فيه ايضا لانه يوجب تعطيل
منافعه علي المولي وكذا اذا وجوب الحد عليه فهو عيب وقال بعض ظهره
مشايخ بلخ الزنا يكون عيبا في الغلام لانه لا يؤتمن علي اهل البيت فلا
يستخدم وهذا ليس بسديد لان الغلام الكبير لا يشتري للاستخدام في
البيت بل للاعمال الخارجة وكون المشتري ولد الزنا في الجارية لا في
العبد لما ذكرنا انه قد يقصد الفراش من الجواري فاذا جات بولد يعير
ولده بامه بخلاف الغلام فانه يشتري للخدمة عادة والكفر في الجارية
والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر واما الاسلام فليس بعيب
بان اشتري نصراني عبدا فوجده مسلما لان الاسلام زيادة والنكاح

في الجارية والغلام لان منافع بضع الجارية مملوكة للزوج والعبد يباع في
المهر والنفقة فيوجب ذلك نقصانا في ثمنهما والعدة من طلاق رجعي
لا من طلاق باين او ثلاث لان الرجعي لا يوجب زوال الملك بخلاف
البابن والثلاث واحتباس الحيضة في الجارية البالغة مدة طويلة
شهران فصاعدا والاستحاضة لان ارتفاع الحيض في اوانه لا يكون الا
لداء عادة وكذا استمرار الدم في ايام الطهر والاحرام في الجارية ليس بعيب
لان المشتري يملك ازالته فان له ان يحللها والحرمة بالرضاع او الصهرية
ليس بعيب فيها لان الجواري لا يشترين للاستمتاع عادة بل للاستخدام
في البيت وهذه الحرمة لا تقدح في ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيبا
وان ثبتت به حرمة الاستمتاع لانه يخل بالاستخدام والثيابة في الجارية
ليست بعيب الا ان يكون اشتراها على شرط البكارة فيردها لعدم الشرط
والدين والجناية لانه يدفع بالجناية ويباع بالدين والجهل بالطبخ [معطوف على ما هو عيب]
والخبز في الجارية ليس بعيب لانه لا يوجب نقصان الثمن في عادة التجار
بل هو حرفة بمنزلة الخياطة ونحوها فانعدامه لا يكون عيبا الا ان يكون
ذلك عيبا مشروطا في العقد فيردها لفوات الشرط لا للعيب ولو كانت
تحسن الطبخ والخبز في يد البايع ثم نسيت في يده فاشتراها فوجدها
لا تحسن ذلك ردها وان لم يكن ذلك مشروطا في العقد لانها اذا كانت
تحسن في يد البايع وهي صفة مرغوبة تشتري لها الجارية عادة
فالظاهر انه انما اشتراها رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة فيردها
لانعدام المشروط كما لو شرط نصا وانعدام الختان في الغلام والجارية اذا
كانا مولودين كبيرين فان كانا مولودين صغيرين فليس بعيب لان
الختان في حالة الكبر فيه زيادة الم وهذا الذي ذكر في الجارية في عرف
ديارهم لانهم يختنون الجواري فاما في عرف ديارنا فالجارية لا تختن
فعدم الختان فيها لا يكون عيبا اصلا وان كان الغلام كبيرا حربيا لا يكون عيبا [يعني الختان]
لان فيه ضرورة لان اكثر الرقيق يؤتى به من دار الحرب واهل الحرب
لا ختان لهم فلو جعل ذلك عيبا يرد به لضاق الامر على الناس ولان الختان
اذا لم يكن من فعل اهل دار الحرب وعادتهم ومع ذلك اشتراه كان ذلك منه
دلالة الرضى بالعيب والاباق والسرقة والبول على الفراش والجنون لان
كل واحد منها يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا فكان عيبا

لا

الا انه هل يشترط في هذه العيوب الاربعة اتحاد الحالة وهل يشترط ثبوتها
عند المشتري بالحجة لثبوت حق الرد وسنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى
والخيف مصدر الاخيف من الخيل وهو الذي احدى عينيه زرقا والاخرى
كحلا والصدف مصدر الاصدف وهي الدابة التي يتدانى فخذاها ويتباعد
حافراها ويلتوي رسغاها والعزل مصدر الاعزل وهو من الدواب الذي
يقع ذنبه من جانب عادة لا خلقة والمشش وهو ارتفاع العظم لافة
اصابته والجرد مصدر الاجرد وهو من الابل الذي اصابه انقطاع عصب
من يد او رجله ينقضها اذا سار والحران والحرون مصدر الحرون
وهو الذي يقف ولا ينقاد للسايق ولا للقايد والجماح والجموح مصدر [فهو]
الجموح وهو ان يشتد الفرس فيغلب راكبه وخلع الرسن ظاهر
وبل المخلاة كذلك والهشم في الاواني والصدع في الحوايط والجذوع
ونحوها من العيوب فانواع العيوب كثيرة لا وجه لذكرها كلها والتعويل [فيهما]
في الباب على عرف التجار فما نقص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار
وما لا فلا والله اعلم واما شرايط ثبوت الخيار فمنها ثبوت العيب عند
البيع او بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار لان ثبوته
لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة وقد حصلت السلعة
سليمة في يد المشتري ومنها ثبوته عند المشتري بعد ما قبض
المبيع ولا يكتفى بالثبوت عند البايع لثبوت حق الرد في جميع العيوب
عند عامة المشايخ وقال بعضهم فيما سوى العيوب الاربعة من الاباق
والسرقة والبول على الفراش والجنون فكذلك فاما في العيوب الاربعة
فثبوتها عند المشتري ليس بشرط بل الثبوت عند البايع كاف وبعضهم
فصل في العيوب الاربعة من سايرها في اعتبار هذا الشرط ان هذه [م فقال لا يشترط في الجنون ويشترط في غيره من العيوب الثلاثة وجه قول من فصل هذه العيوب الاربعة صح]
العيوب عيوب لازمة لا زوال لها اذا ثبتت في شخص الى ان يموت
فثبوتها عند البايع يدل على بقايها عند المشتري فكان له حق الرد من
غير ان يظهر عنده بخلاف ساير العيوب فانها ليست بلازمة ووجه
قول من فرق بين الجنون وبين غيره من الانواع الثلاثة ان الجنون
لفساد في محل العقل وهو الدماغ وهذا مما لا زوال له عادة اذا ثبت ولهذا
قال محمد رحمه الله الجنون عيب لازم بخلاف الاباق والسرقة والبول
على الفراش لانها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لزوال اسبابها وجه

وجه قول العامة قول محمد رحمه الله نصا في الجامع الصغير فانه ذكر فيه انه
لا يثبت للمشتري حق الرد في هذه العيوب الاربعة الا بعد ثبوتها عنده
وكان المعنى فيه ان الثابت عند البايع محتمل الزوال قابل الارتفاع فاما في
سوى العيوب الاربعة لا شك فيه وكذلك العيوب الاربعة لان حدوثها في
الذات للاسباب الموجبة للحدوث وهي محتملة للزوال وكانت هي محتملة للزوال
لاحتمال زوال اسبابها فان بقيت يثبت حق الرد وان ارتفعت لا يثبت
فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من ثبوتها عند المشتري ليعلم انها قايمة
وقول القايل الجنون اذا ثبت لا يزول عادة ممنوع فان المجنون قد يفيق
ويزول جنونه بحيث لا يعود اليه فما لم يوجد عند المشتري لا يعلم
بقاوه كما في الانواع الاخر الا ان الفرق بين الجنون وبين غيره من الانواع
الثلاث من وجه اخر وهو ان هناك يشترط اتحاد الحالة لثبوت حق الرد
وهو ان يكون وجودها عند البايع والمشتري في حالة الصغر او في حالة
الكبر حتى لو ابق او سرق او بال على الفراش عند البايع وهو صغير عاقل
ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يثبت له حق الرد وفي الجنون اتحاد
الحالة ليس بشرط وانما كان كذلك لان اختلاف الحال في العيوب الثلاثة
يوجب اختلاف السبب لان سبب البول على الفراش في حال الصغر هو ضعف
المثانة وفي الكبر داء في الباطن والسبب في الاباق والسرقة في الصغر
هو الجهل وقلة التمييز وفي الكبر الشراره وخبث الطبيعة واختلاف السبب
يوجب اختلاف الحكم وكان الموجود في يد المشتري بعد البلوغ غير الموجود
في يد البايع فكان عيبا حادثا وانه يمنع الرد بالعيب بخلاف الجنون لان
سببه في الحالين واحد لا يختلف وهو فساد محل العقل وهو الدماغ وكان
الموجود في حال الكبر عين الموجود في حالة الصغر وهذا والله اعلم معنى قول
محمد في الكتاب الجنون عيب لازم ابدا الا ما قاله اولئك والله الموفق ومنها
عقل الصبي في الاباق والسرقة والبول على الفراش حتى لو ابق او سرق او بال
على الفراش لو في يد البايع وهو صغير لا يعقل ثم كان ذلك في يد المشتري
وهو كذلك لا يثبت له حق الرد وهذا اذا انفرد ذلك في يد البايع وهو
صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد المشتري (م بعد ما عقل لان الموجود في يد البايع صح) ليس بعيب ولا بد من وجود
العيب في يده ومنها اتحاد الحال في العيوب الثلاثة فان اختلفت لم يثبت
حق الرد بان ابق او سرق او بال على الفراش في يد البايع وهو صغير عاقل

ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لان اختلاف الحالة دليل اختلاف
سبب العيب على ما بينا واختلاف سبب العيب يوجب اختلاف العيب
فكان الموجود بعد البلوغ عيبا حادثا عند الرد والله اعلم ومنها
جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض فان كان عالما
به عند احدهما فلا خيار له لان الاقدام على الشرا مع العلم بالعيب
رضا به دلالة وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض
لان تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند
العقد ومنها عدم اشتراط البراة عن العيب في البيع عندنا حتى لو
اشترط فلا خيار للمشتري لان شرط البراة عن العيب في البيع عندنا
صحيح فاذا ابرا فقد اسقط حق نفسه فصح الاسقاط فيسقط
ضرورة ثم الكلام في البيع بشرط البراة في الاصل في موضعين احدهما
في جوازه والثاني في بيان ما يدخل تحت البراة من العيب اما
الكلام في جوازه فقد مر في موضعه وانما الحاجة هاهنا الى بيان ما
يدخل تحت البراة من العيب فنقول وبالله التوفيق البراة لا تخلو
اما ان كانت عامة بان قال بعتك على اني بري من العيوب او قال من
كل عيب (م واما ان كانت خاصة بان قال من عيب صح) كذا وسماه وكل ذلك لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان قيد البراة
بعيب قايم حالة العقد واما ان اطلقها اطلاقا واما ان اضافها الى عيب
يحدث في المستقبل فان قيدها بعيب قايم حالة العقد لا يتناول
العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بلا خلاف سواء كانت البراة عامة
بان قال ابراتك عن كل عيب به من عيب كذا لان اللفظ المقيد بوصف لا يتناول
غير الموصوف بتلك الصفة وان اطلقها اطلاقا دخل فيه القايم والحادث
عند ابي يوسف وعند محمد لا يدخل فيه الحادث وله ان يرده وهو
قول زفر وجه قول محمد ان الابرا عن العيب يقتضي وجود العيب
لان الابرا عن المعدوم لا يتصور والحادث لم يكن موجودا عند البيع فلا
يدخل تحت الابرا فلو دخل انما يدخل بالاضافة الى حالة الحدوث والابرا
لا يحتمل الاضافة لان فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولهذا لم يدخل
الحادث عند الاضافة اليه نصا فعند الاطلاق اولى وجه قول ابي
يوسف ان لفظ الابرا يتناول الحادث نصا ودلالة اما النص فانه
عم البراة عن العيوب كلها وخصها بجنس من العيوب على الاطلاق نصا

البيع بشرط البراة من كل عيب وتقدم شيء م

بلغ

فتخصيصه او تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز الا بدليل واما
الدلالة فهي ان غرض البايع من هذا الشرط هو انسداد طريق الرد ولا
ينسد الا بدخول الحادث فكان داخلا فيه دلالة واما قول محمد ان
هذا ابرا عما ليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف من وجهين
احدهما ان يقال هذا ممنوع بل يقال ابرا عن الثابت لكن تقديرا وبيانه
من وجهين احدهما ان العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند
العقد ولهذا ثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد ولما ذكرنا
ان للقبض حكم العقد فكان هذا ابرا عن حق ثابت تقديرا والثاني
ان سبب حق الرد موجود وهو البيع لان البيع يقتضي وجوب تسليم
المعقود عليه سليما عن العيب فاذا عجز عن تسليمه بصفة السلامة
يثبت له حق الرد والبيع سبب لوجوب تسليم المبيع فكان ثبوت حق
الرد بهذه الوسايط حكم البيع السابق والبيع سببه فكان هذا ابرا
عن حق الرد بعد وجود سببه وسبب الشي اذا وجد يجعل هو ثابتا
تقديرا لاستحالة خلو الحكم عن السبب فكان ابرا عن الثابت تقديرا ولهذا
صح الابرا عن الجراحة لكون الجرح سبب السراية فكان ابرا عما يحدث
من الجرح تقديرا وكذا الابرا قبل استيفا المنفعة يصح وان كانت الاجرة لا
تملك عندنا بنفس العقد لما قلنا كذا هنا والثاني ان هذا ابرا عن حق ليس
بثابت لكن بعد وجود سببه وهو البيع وانه صحيح كالابرا عن الجرح
والابرا عن الاجرة على ما بينا بخلاف الابرا عن كل حق له لانه لا يتناول
الحادث لان الحادث معدوم للحال بنفسه وسببه فلو انصرف اليه
الابرا كان ذلك ابرا عما ليس بثابت اصلا لا حقيقة ولا تقديرا لانعدام سبب
الحق فلم ينصرف اليه وقوله لو تناول الحادث لكان هذا تعليق البراة
بشرط او الاضافة الى وقت ممنوع بل هذا ابرا عن حق ثابت وقت الابرا
تقديرا لما بينا من الوجهين فلم يكن هذا تعليقا ولا اضافة فيصح والله اعلم
وان اضافها الى عيب حادث بان قال على اني بري من كل عيب يحدث
بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان الابرا لا يحتمل الاضافة
لانه وان كان اسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد
ولا يحتمل الاضافة الى زمان في المستقبل نصا كما لا يحتمل التعليق بالشرط
فكان هذا بيعا ادخل فيه شرط فاسد فيوجب فساد البيع ولو اختلفا

لتسلم له الثمن فكان وجوب تسليم المبيع سببا لثبوت حق الرد صح

عن الاجرة صح

في

في عيب فقال البايع هو كان موجودا عند العقد فدخل تحت البراة
وقال المشتري بل هو حادث لم يدخل تحت البراة فان كانت البراة
مطلقة فهذا لا يتفرع على قول ابي يوسف لان العيب الحادث داخل
تحت البراة المطلقة عنده واما على قول محمد فالقول قول البايع
مع يمينه وقال الحسن بن زياد القول قول المشتري وجه قولهما
ان المشتري هو المبري لان البراة تستفاد من قبله فكان القول فيما
ابراه قوله وجه قول محمد ان البراة عامة والمشتري يدعي حق
الرد بعد عموم البراة عن حق الرد بالعيب والبايع ينكر فكان القول
قوله كما لو ابراه عن الدعاوي كلها ثم ادعى شيا مما فيه وهو ينكر
كان القول قوله دون المشتري لما قلنا كذا هذا ولو كانت مقيدة بعيب
يكون عند العقد فاختلف البايع والمشتري على نحو ما ذكرنا فالقول
قول المشتري لان البراة المقيدة بحال العقد لا تتناول الا الموجود
حالة العقد والمشتري يدعي العيب لاقرب الوقتين والبايع يدعيه
لابعدهما فكان الظاهر شاهدا للمشتري وهذا لان عدم العيب اصل
والوجود عارض فكان احالة الموجود الى اقرب الوقتين اقرب الى
الاصل والمشتري يدعي ذلك فكان القول قوله ولو اشترى عبدا
وقبضه فساومه رجل فقال له المشتري اشتره فانه لا عيب به
ثم لم يتفق البيع بينهما ثم وجد المشتري واقام البينة على ان هذا العيب
كان عند البايع فقال له البايع انك اقررت انه لا عيب به فقد اكذبت
شهودك لا يبطل بهذا الكلام حقه في الرد وله ان يرده لان مثل هذا
الكلام في المتعارف لا يراد به حقيقته وانما يذكر لترويج السلعة
ولان ظاهره كذب لانه نفى عنه العيوب كلها والادمي لا يخلو عن
عيب فالتحق بالعدم وصار كانه لم يتكلم به ولو عين نوعا من العيوب
بان قال اشتره فانه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيبا واراد الرد فان
كان ذلك نوعا اخر سوى النوع الذي عينه له ان يرده لانه اقرار منه
بهذا النوع وان كان من النوع الذي عين ينظر ان كان مما يحدث مثله في
مثل تلك المدة ليس له حق الرد لان مثل هذا الكلام يراد به التحقيق في
المتعارف لا ترويج السلعة فصار مناقضا ولان الادمي يخلو عن عيب
معين فلم يتيقن بكذبه وان كان مما لا يحدث مثله في مثل تلك المدة

زفر و ح

به عيبا صح

له حق الرد لانا تيقنا بكذبه حقيقة فالتحق كلامه بالعدم ولو ابراه عن عيب
واحد شجة او جراح فوجد شجتين او جرحين فعلى قول ابي يوسف الخيار
الى البايع يبرا من ايهما شا وعلى قول محمد الخيار للمشتري يرد بايهما
شا وفايدة هذا الاختلاف انما تظهر عند امتناع الرد باعتراض اسباب
الامتناع من هلاك المبيع او حدوث عيب اخر في يد المشتري او غير
ذلك من الاسباب المانعة من الرد واراد الرجوع بنقصان العيب فاما
عند امكان الرد فلا تظهر فايدة في هذا الاختلاف وجه قول محمد
ان الابرا يستفاد من قبل المشتري والاجمال جا من قبله حيث اطلق
البراة عن شجة واحدة غير عين واذا كان الاجمال منه كان البيان
اليه وجه قول ابي يوسف ان الابرا وان كان من المشتري لكن
منفعة الابرا عايدة الى البايع فصار كان المشتري فوض التعيين اليه
وكان الخيار له ولو ابراه من كل داء روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
انه يقع على الباطن والظاهر جميعا لان الكل داء ولو ابراه من كل غايلة
فهي على السرقة والاباق والفجور وكل ما كان من فعل الانسان مما
يعده التجار عيبا كذا روي عن ابي يوسف رحمه الله لان الغايلة هي
الجناية وهي التي تكتب في عهدة المماليك لا داء ولا غايلة على ما كتب
لرسول الله صلى الله عليه وسلم حين ما اشترى عبدا او امة هذا ما
اشترى محمد رسول الله من العدا ابن خالد بن هوذة عبدا او امة
لا داء به ولا غايلة بيع المسلم من المسلم والله الموفق واما طريق
اثبات العيب فلا يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة اقسام
العيوب لان طريق اثبات العيب يختلف باختلاف العيب فنقول
وبالله التوفيق العيب لا يخلو اما ان يكون ظاهرا مشاهدا يقف
عليه كل احد كالاصبع الزايدة والناقصة والسن الشاغية والساقطة
وبياض العين والعور والقروح والشجاج ونحوها واما ان يكون باطنا
باطنا خفيا لا يقف عليه الا الخواص من الناس والاطبا والبياطرة واما
ان يكون على فرج الجارية او مواضع العورة منها واما ان يكون مما لا
يقف عليه الا الجارية المشتراة كارتفاع الحيض والاستحاضة واما
ان يكون مما لا يقف عليه الا بالتجربة والامتحان عند الخصومة كالاباق
والسرقة والبول على الفراش والجنون فالمشتري لا يخلو اما ان يريد

لان الظاهر يسمى مرضا لا داء وروي عن ابي يوسف انه يقع على الباطن صح

هم صح

مما لا يطلع عليه الا النساء بان كان

واما ان يكون مما لا يقف عليه النساء بان كان في داخل الفرج صح

اثبات

اثبات كون العيب في يده للحال واما ان يريد اثبات كونه في يد البايع عند
البيع والقبض فان اراد اثبات كونه للحال فان كان يوقف عليه بالحس
والعيان فانه يثبت بنظر القاضي او امينه لان العيان لا يحتاج الى البيان
وان كان لا يقف عليه الا الاطبا والبياطرة فيثبت بقولهم لقوله تعالى فسلوا
اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهم في هذا الباب من اهل الذكر فيسلو
وهل يشترط فيه العدد ذكر الكرخي في مختصره انه يشترط فلا يثبت
الا بقول اثنين منهم من اهل الشهادة وهكذا ذكر القاضي الاسبيجابي
في شرحه مختصر الطحاوي وذكر استاذي الشيخ الامام الاجل الزاهد
علا الدين محمد بن احمد السمرقندي تغمده الله برحمته في بعض
مصنفاته انه ليس بشرط ويثبت بقول مسلم عدل منهم وكذا ذكر الشيخ
الامام الزاهد ابو المعين في الجامع الكبير من تصانيفه رحمه الله وجه
هذا القول ان هذه الشهادة لا يتصل بها القضا وانما تصح بها الخصومة
فقط فلا يشترط فيها العدد وهذا لان شرط العدد في الشهادة ثبت
تعبدا غير معقول المعنى لان رجحان جانب الصدق على جانب الكذب
في خبر المسلم لا يقف على العدد بل يثبت بنفس العدالة الا ان الشرع ورد
به تعبدا فيراعى فيه موضع التعبد وهو شهادة يتصل بها القضا
وهذه شهادة لا يتصل بها القضا فبقيت على اصل القياس وجه القول
الاول النصوص المقتضية لاعتبار العدد في عموم الشهادة والمعقول
الذي ذكرناه في كتاب الشهادات ولان هذه الشهادة وان كانت لا
يتصل بها القضا لكنها من ضرورات القضا لا وجود للقضا بدونها الا ترى
انه ما لم يثبت العيب عند البايع والمشتري فالقاضي لا يقضي بالرد
فكانت من ضرورات القضا فيشترط فيها العدد كما يشترط في الشهادة
القايمة على اثبات العيب عند البايع وان كان مما لا يطلع عليه الا النسا
فالقاضي يريهن ذلك لقوله تعالى فسلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون
والنسا فيما لا يطلع عليه الرجال اهل الذكر ولا يشترط العدد منهن بل
يكتفى بقول امراة واحدة عدل والثنتان احوط لان قولها فيما لا يطلع عليه
الرجال حجة في الشرع كشهادة القابلة في النسب لكن لا بد من العدالة
لان بها يترجح جانب الصدق على جانب الكذب في الخبر ولا يثبت بقول
المشتري وان كان يطلع عليه لان النظر الى موضع العيب مباح له لانه متهم

في هذا الباب ولا تهمة فيهن ورخصة النظر ثابتة لهن حالة الضرورة
على ما ذكرناه في كتاب الاستحسان فيلحق هذا بما لا يطلع عليه الا النسا
لما قلنا وان كان لا يطلع عليه الا الجارية المشتراة فلا يثبت بقولها
لكونها متهمة وان كان في داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه
اصلا فكان الطريق في هذين النوعين هو استحلاف البايع بالله
ليس به للحال هذا العيب واما الاباق والسرقة والبول على الفراش
والجنون فلا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان هذا
مما لا يوقف عليه الا بالخبر ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد
فيه كما في ساير الشهادات وان لم تقم للمشتري حجة على اثبات العيب
للحال في هذه العيوب الاربعة هل يستحلف البايع لم يذكر في الاصل وذكر
في الجامع انه يستحلف في قول ابي يوسف ومحمد وسكت عن قول
ابي حنيفة من المشايخ من قال يستحلف بلا خلاف بينهم والتنصيص
على قولهما لا يدل على ان ابا حنيفة يخالفهما ومنهم من قال المسلة على
الخلاف ذكرت في النوادر وذكر الطحاوي ايضا ان عند ابي حنيفة لا
يستحلف وعندهما يستحلف وجه قولهما ان المشتري يدعي حق
الرد ولا يمكنه الرد الا باثبات العيب عند نفسه وطريق الاثبات البينة
او نكول البايع فاذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل البايع فيثبت العيب
عند نفسه ولهذا يستحلف عند عدم البينة على اثبات العيب عند
البايع كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى
على البايع ولا دعوى له على البايع الا بعد ثبوت العيب عند نفسه ولم
يثبت فلم تثبت دعواه على البايع فلا يستحلف وقولهما له طريق
الاثبات وهو النكول قلنا النكول يكون بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى
على البايع يمنع الاستحلاف ثم ان استحلف البايع في هذه العيوب
يستحلف على العلم لا على البتات بالله ما يعلم ان هذا العبد ابق عند
المشتري ولا سرق ولا بال على الفراش ولا جن ولا يحلف على البتات
لانه حلف على غير فعله ومن حلف على غير فعله يحلف على العلم لانه
لا علم له بما ليس بفعله ومن حلف على فعل نفسه يحلف على البتات اصله
خبر المشتري فان حلف لم يثبت العيب عند المشتري وان نكل يثبت
عنده فيحتاج الى الاثبات عنده واذا اراد اثبات العيب عند البايع

فينظر

فينظر ان كان العيب مما لا يحتمل الحدوث اصلا كالاصبع الزايدة ونحوها
او لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة كالسن الشاغية ونحوها يثبت
كونه عند البايع بثبوت كونه عند المشتري لانه اذا لم يحتمل السقوط الحدوث
او لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة فتيقنا بكونه عند البايع وان كان
مما يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة لا يكتفي بثبوت كونه عند
المشتري بل يحتاج المشتري الى اثبات كونه عند البايع لانه اذا احتمل
حدوث مثله في مثل تلك المدة احتمل انه لم يكن عند البايع وحدث
عند المشتري فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من اثباته عند
البايع بالبينة وهي شهادة رجلين او رجل وامراتين طبيبين كانا
او غير طبيبين وانما شرط العدد في هذه الشهادة لانها شهادة
يقضى بها على الخصم فكان العدد فيها شرطا كساير الشهادات
التي يقضى بها على الخصوم وروي عن ابي يوسف ان فيما لا يطلع عليه
الا النسا يرد بثبوته عند المشتري ولا يحتاج الى الاثبات عند البايع
والمشهور من مذهب ابي يوسف ومحمد انه لا يكتفي بالثبوت عند
المشتري بل لا بد من اثباته عند البايع بالبينة وهو الصحيح لان قول
النسا في هذا الباب حجة ضرورية والضرورة في القبول في حق ثبوته
عند المشتري ليس لتوجه الخصومة وليس من ضرورة ثبوته عند
المشتري ثبوته عند البايع لاحتمال الحدوث فقبل قولها في حق
توجه الخصومة لا في حق الرد على البايع واذا كان الثبوت عند البايع
فيما يحتمل حدوث مثله شرطا لثبوت حق الرد يقول القاضي هل كان
هذا العيب عندك فان قال نعم رده عليه الا ان يدعي الرضا والابرا
وان قال لا كان القول قوله الا ان يقيم المشتري البينة لان المشتري
يدعي حق الرد وهو ينكر فان اقام المشتري البينة على ذلك رده على م عليه صح
البايع الا ان يدعي البايع الدفع بدعوى الرضا والابرا ويقيم البينة
على ذلك فتندفع دعوى المشتري وان لم يكن له بينة وطلب
يمين المشتري حلفه القاضي بالله ما رضي بهذا العيب ولا ابراه عنه
ولا عرضه على البيع منذ راه وان لم يدع الدفع بالرضا والابرا فان القاضي
يقضي بفسخ العقد ولا يستحلف المشتري على الرضا والابرا والعرض على
البيع عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يفسخ ما لم يستحلفه

بالله ما رضي بهذا العيب ولا ابراه عنه ولا عرضه على البيع بعد ما علم به
من العيب وجه قول ابي يوسف ان القاضي لو قضى بالفسخ
قبل الاستحلاف فمن الجائز ان يدعي البائع على المشتري الدفع بدعوى
الرضا او الابرا بعد القضا بالفسخ ويقيم البينة عليه فينفسخ قضاوه
وكان الاستحلاف قبل الفسخ فيه صيانة القضا عن النقض وانه واجب
وجه قولهما ان البائع اذا لم يطلب يمين المشتري فتحليف القاضي
من غير طلب الخصم انشا الخصومة والقاضي نصب لقطع الخصومة
لا لانشائها وقول ابي يوسف ان في هذا صيانة قضا القاضي عن
الفسخ فنقول الصيانة حاصلة بدونه لان الظاهر ان البائع لم يعلم
بوجود الرضا من المشتري اذ لو علم لادعى الدفع بدعوى الرضا ولما
سكت عن دعوى الدفع عند قيام البينة دل انه لم يظهر له الرضا
من المشتري فلا يدعي الدفع بعد ذلك وان لم يقم المشتري بينة على
اثبات العيب عند البائع وطلب المشتري يمينه ففيما سوى العيوب
الاربعة يستحلف على البتات بالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب
وانما يجمع بين البيع والتسليم في الاستحلاف لان الاقتصار على البيع يوجب
بطلان حق المشتري في بعض الاحوال لجواز ان يحدث العيب بعد
البيع قبل التسليم فيبطل حقه فكان الاحتياط هو الجمع بينهما ومنهم
من قال لا احتياط في هذا لانه لو استحلف على هذا الوجه ومن الجائز حدوث
العيب بعد البيع قبل التسليم فيبطل حقه فيكون البائع صادقا في يمينه
لان شرط حنثه وجود العيب عند البيع والتسليم جميعا فلا يحنث بوجوده
في احدهما فيبطل حق المشتري فكان الاحتياط هو الاستحلاف على حاصل
الدعوى بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي ذكره ومنهم من قال يستحلف
بالله لقد سلمته وما به هذا العيب الذي يدعي وهو صحيح لانه يدخل
فيه الموجود عند البيع والحادث قبل التسليم وانما يستحلف على البتات
لانه استحلف على فعل نفسه وهو البيع والتسليم بصفة السلامة ثم اذا
حلف فان حلف بري ولا يرد عليه وان نكل يرد عليه وينفسخ العقد الا اذا
ادعى البائع على المشتري الرضا بالعيب او الابرا عنه او العرض على البيع بعد
العلم به ويقيم عليه البينة فيبرى ولا يرد عليه وان لم يكن له بينة ويطلب
تحليف المشتري يحلف عليه وان لم يطلب يفسخ العقد ولا يحلفه عند

العيب صح

العيب صح

ابي حنيفة

ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ما تقدم واما في العيوب الاربعة
ففي الثلاثة منها وهي الاباق والسرقة والبول على الفراش يستحلف بالله
ما ابق عندك منذ بلغ مبلغ الرجال وفي الجنون بالله ما جن عندك
قط وانما اختلفت هذه العيوب في كيفية الاستحلاف لما ذكرنا فيما تقدم
ان اتحاد الحالة في العيوب الثلاثة شرط ثبوت الرد وليس بشرط في
الجنون بل هو عيب لازم ابدا واما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد
ثبوته فالمبيع لا يخلو اما ان يكون في يد البائع او في يد المشتري
فان كان في يد البائع ينفسخ البيع بقول المشتري رددت ولا يحتاج
الى قضا القاضي ولا الى التراضي بالاجماع وان كان في يد المشتري
لا ينفسخ الا بقضا القاضي او بالتراضي عندنا وعند الشافعي ينفسخ
بقوله رددت من غير قضا ولا رضا وكذلك الرد بخيار الروية بلا خلاف
بين اصحابنا وجه قول الشافعي ان هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته
الى القضا ولا الى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاجماع وبخيار الروية
على اصلكم ولهذا لم يفتقر اليه قبل القبض كذا بعده ولنا ان الصفقة
تمت بالقبض واحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد
تمامها كالاقالة وهذا لان الفسخ يكون على حسب العقد لانه رفع العقد
ثم العقد لا ينعقد باحد العاقدين فلا ينفسخ باحدهما من غير
رضى الاخر ومن غير قضا القاضي بخلاف ما قبل القبض لان الصفقة
قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان القبض بمنزلة
القبول فالرد قبل القبض يكون في معنى الامتناع من القبول كانه لم
يشتر وبخلاف الرد بخيار الشرط لان الصفقة غير منعقدة في
حق الحكم مع بقا الخيار فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من
القبول وبخلاف الرد بخيار الروية لان عدم الروية منع تمام الصفقة
لانه اوجب خللا في الرضا فكان الرد كالدفع اما هاهنا فالصفقة
قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة
القضا او الرضا والله اعلم واما بيان من تلزمه الخصومة في العيب
فنقول وبالله التوفيق الخصومة في العيب تلزم البائع سوا كان يحكم
العقد له او لغيره بعد ان كان من اهل ان تلزمه الخصومة الا القاضي
او امينه وذلك كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب والماذون

م من غير الحاجة الى القضا
ولا الى رضى البايع و
اجمعوا ان الرد
بخيار الشرط صح
صح

ولاب والوصي لان الخصومة في العيب من حقوق العقد وحقوق العقد في هذا
الباب ترجع الى العاقد اذا كان اهلا وان لم يكن بان كان صبيا او محجورا او
عبدا محجورا فالخصومة لا تلزمه وانما تلزم الموكل على ما ذكرنا في كتاب الوكالة
واما القاضي او امينه فلا تلزمه الخصومة لان الولاية للقاضي انما تثبت شرعا
نظرا لمن وقع العقد له فلو لزمه العهدة لامتنع عن النظر خوفا من لزوم العهدة
فكان القاضي في هذا الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل في باب النكاح وما
يلزم الوكيل من العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والماذون لا يرجعان
على المولى لان الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه وتصرف النايب كتصرف
المنوب عنه فاما المكاتب والماذون فانما يتصرفان بطريق الاصالة
لانفسهما لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف ان الاذن فك الحجر وازالة
المانع فاذا زال الحجر بالاذن فالعبد يتصرف بمالكية نفسه فكان عاقدا
لنفسه م فكانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له ان يرده على — م لا لمولاه والذي يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير واذا كان عاقدا لنفسه صح
موكله فهذا لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان يرده عليه ببينة قامت على
العيب واما ان يرده عليه بنكوله واما ان يرده عليه باقراره بالعيب
فان رده عليه ببينة قامت على العيب رد على الموكل لان البينة حجة مطلقة
وهو نايب عنه فتلزم الموكل وان رده عليه بنكوله فكذلك لان نكوله مضاف
الى الموكل لكونه مضطرا ملجا اليه الا ترى انه لا يملكه في الخصومة وانما
جا هذا الاضطرار من ناحية الموكل لانه هو الذي اوقعه فيه فكان
مضافا اليه وان رد عليه باقراره بالعيب ينظر ان كان عيبا لا يحدث
مثله رد على الموكل لانه علم ثبوته عند البيع بيقين وان كان يحدث
مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة فان كان رد عليه بقضا القاضي باقراره لا يرد
لان اقرار المقر يلزمه دون غيره لانه حجة قاصرة فكان حجة في حقه
خاصة لا في حق موكله وان رد عليه بغير قضا لزم الوكيل خاصة سوا
كان العيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان الرد بغير قضا وان كان
فسخا في حق العاقدين فهو بيع جديد في حق غيرهما فلا يملك الرد
على الموكل كما لو اشتراه فاما المضارب والشريك فقبولهما يلزم رب
المال والشريك الاخر لان حكم شركتهما تلزمهما بخلاف الوكيل والله
اعلم واما بيان ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم
البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول الرد بالعيب يمتنع باسباب منها — م ما صح

الرضا

218

الرضا بالعيب بعد العلم به لان حق الرد لفوت السلامة المشروطة في العقد
دلالة ولما رضي بالعيب بعد العلم به دل انه ما شرط السلامة ولانه ثبت
نظرا للمشتري دفعا للضرر عنه فاذا رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي
بالضرر ثم الرضا نوعان صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة اما الاول
فنحو قوله رضيت بالعيب او اجزت هذا البيع او اوجبته وما يجري هذا
المجرى واما الثاني فهو ان يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب
تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب نحو ما اذا كان ثوبا فصبغه
او قطعه او سويقا فلته بسمن او ارضا فبنى عليها او حنطة فطحنها
او لحما فشواه ونحو ذلك او تصرف تصرفا اخرجه عن ملكه وهو عالم
بالعيب او لبس بعد العلم او باعه المشتري او وهبه وسلمه او اعتقه او كاتبه
او دبره او استولدها لان الاقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل
الرضا بالعيب م وكل ذلك يبطل حق الرد ولو باعه المشتري ثم رد عليه — م ويكون العلم بالعيب صح
بعيب فان كان قبل القبض له ان يرده على بايعه سوا كان الرد بقضا
القاضي او بالتراضي بالاجماع وان كان بعد القبض فان كان بقضا القاضي
له ان يرده على بايعه بلا خلاف وان كان قبله البايع بغير قضا ليس
له ان يرده عندنا وعند الشافعي له ان يرده وجه قوله ان المانع من
الرد خروج السلعة عن ملكه فاذا عادت اليه فقد زال المانع وصار
كانه لم يخرج ولهذا اذا رد عليه بقضا له ان يرده على بايعه وكذا اذا رد
عليه بخيار شرط او بخيار روية على اصلكم ولنا ان القبول بغير قضا
فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما فصار كما لو عاد اليه
بشرا ولو اشتراه لم يملك الرد على بايعه كذا هذا والدليل على ان القبول
بغير قضا بيع جديد في حق غير العاقدين ان معنى البيع موجود
وكان شبهة الشرا قايمة فكان الرد عند التراضي بيعا لوجود
معنى البيع فيه الا انه اعطي له حكم الفسخ في حق العاقدين فبقي بيعا
جديدا في حق غيرهما بمنزلة الشرا المبتدا ولهذا يثبت للشفيع حق
الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضا القاضي
لانه لم يوجد فيه معنى البيع اصلا لانعدام التراضي فكان فسخا والفسخ
رفع العقد من الاصل وجعله كان لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق
الشفعة وبخلاف ما قبل القبض لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض

الاترى ان حدوث العيب قبل القبض كوجوده قبل البيع وكان الرد قبل القبض
في معنى الامتناع من القبول كان المشتري ردا ايجاب البايع ولم يقبله
ولهذا لم يفتقر الرد بعد القبض الى القاضي وبخلاف ما اذا رد عليه
بخيار شرط او رؤية انه يرده على بايعه لان معنى البيع لم يوجد في هذا
الرد الا ترى انه يرده على بايعه من غير رضاه فكان فسخا ورفعا للعقد
من الاصل كانه لم يكن وكذا لو وطي الجارية المشتراة او لمسها بشهوة او
نظر الى فرجها عن شهوة مع العلم بالعيب لما قلنا وكذا بدون العلم بالعيب
وقال الشافعي ان كانت الجارية بكرا فوطيها المشتري فكذلك واما اذا كانت
ثيبا فوطيها بدون العلم بالعيب لا يمنع الرد بالعيب وسناتي المسلة ان شا
الله تعالى ولو قبلت الجارية المشتري لشهوة فقد مر تفصيل الكلام
فيه في شرط الخيار ولو استخدم المشترا بعد ما علم بالعيب فالقياس
ان يسقط خياره وفي الاستحسان لا وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان
في خيار الشرط ولو كان المشترا دابة فركبها بعد العلم بالعيب فان ركبها
لحاجة نفسه يسقط خياره وان ركبها ليسقيها او ليردها على البايع او
ليشتري لها علفا ففيه قياس واستحسان كما في الاستخدام وقد ذكرنا
ذلك في خيار الشرط ولو ركبها لينظر الى سيرها بعد العلم بالعيب
يكون رضا يسقط خياره وفي شرط الخيار لا يسقط والفرق بينهما قد
تقدم في خيار الشرط م وان كان المشترا دارا فسكنها بعد ما علم بالعيب

م وكذا لو كان المشترا ثوبا فلبسه بعد العلم لينظر الى طوله وعرضه بطل خياره وفي خيار الشرط لا يبطل ووجه الفرق بينهما قد ذكرناه في خيار الشرط صح

او رم منها شيا او هدم سقط خياره وذكر في بعض شروح مختصر
الطحاوي في السكنى روايتان والحاصل ان كل تصرف يوجد من
المشتري في المشترا بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط
الخيار ويلزم البيع والله اعلم ومنها اسقاط الخيار صريحا او ما هو
في معنى الصريح نحو ان يقول المشتري اسقطت الخيار او ابطلته او
الزمت البيع او اوجبته وما يجري هذا المجرى لان خيار العيب حقه
والانسان بسبيل من التصرف في حقه استيفا واسقاطا ومنها ابرا المشتري
عن العيب لان الابرا اسقاط وله ولاية الاسقاط لان الخيار حقه والمحل
قابل للسقوط الا ترى كيف احتمل السقوط بالاسقاط صريحا فاذا اسقطه
يسقط ومنها هلاك المبيع لفوات محل الرد ومنها نقصانه وجملة الكلام
فيه ان نقصان المبيع لا يخلو اما ان يكون قبل القبض واما ان يكون بعده وكل

ذلك

ذلك لا يخلو من ان يكون بافة سماوية او بفعل المشتري او بفعل البايع او
بفعل المبيع او بفعل اجنبي فان كان قبل القبض بافة سماوية او بفعل المبيع فهذا
وما اذا لم يكن به عيب سوا وقد ذكرنا حكمه في البيع البات فيما تقدم ان
المشتري بالخيار ثم ان كان النقصان نقصان قدر فان شا اخذ الباقي
بحصته من الثمن وان شا ترك م لما ذكرنا هنالك وان كان بفعل البايع

م وان كان نقصان وصف فان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك صح

فكذلك الجواب فيه وفيما اذا لم يكن به عيب سوا وهو ان المشتري بالخيار
ان شا اخذ وطرح عنه قدر النقصان الذي حصل بفعل البايع من الثمن
وان شا ترك كما اذا لم يجد به عيبا وان كان بفعل المشتري لا خيار له
ويصير قابضا بالجناية ويتقرر عليه جميع الثمن ان لم يجد به عيبا م

م كان عند البايع على ما ذكرنا فيما تقدم وان وجد به عيبا صح

كان عند البايع فان شا رجع بنقصان العيب وان شا رضي به وان
قال البايع انا اخذه مع النقصان ليس للمشتري ان يحبسه ويرجع
عليه بالنقصان بل يرده عليه ويسقط جميع الثمن وسنذكر الاصل
في جنس هذه المسايل في بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع
ان شا الله تعالى هذا اذا لم يوجد من البايع منع المبيع لاستيفا الثمن
بعد ما صار المشتري قابضا بالجناية فاما اذا وجد منه منع بعد ذلك
ثم وجد المشتري به عيبا له ان يرده على البايع ويسقط عن المشتري
جميع الثمن لانه بالمنع صار مستردا للمبيع ناقضا ذلك القبض فانتقض
وجعل كان لم يكن وكان له حق الرد على البايع ويسقط عنه جميع الثمن
الا قدر ما نقص بفعله وان كان بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار ان شا
رضي بجميع الثمن واتبع الجاني بالارش وان شا ترك وسقط عنه جميع
الثمن واتبع البايع الجاني كما اذا لم يجد المشتري به عيبا هذا اذا
حدث النقصان قبل القبض ثم وجد به عيبا فاما اذا حدث بعد
القبض ثم وجد به عيبا فان حدث بافة سماوية او بفعل المبيع او بفعل
المشتري لم يكن له ان يرده بالعيب عند عامة العلما وقال مالك له ان
يرده ويرد معه ارش العيب الحادث وجه قوله ان حق الرد بالعيب ثبت
نظرا للمشتري فلو امتنع انما يمتنع م والمشتري باستحقاق النظر اولى من البايع

م نظرا للبايع صح

لانه لم يدلس العيب والبايع قد دلس ولنا ان شرط الرد ان يكون المردود عند
الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض ولم يوجد لانه خرج عن ملك البايع
معيبا بعيب واحد ويعود على ملكه معيبا بعيبين فانعدم شرط الرد فلا يرد

ولو كان المبيع جارية فوطيها المشتري ثم اطلع على عيب بها فان كانت بكرا لم يردها
بالاجماع وان كانت ثيبا فكذلك عندنا وقال الشافعي يرد وجه قوله
انه وجد سبب ثبوت حق الرد مع شرطه وما بعد السبب وشرطه الا
الحكم اما السبب فهو العيب وقد وجد واما الشرط فان يكون المردود
وقت الرد كما كان وقت القبض وقد وجد لان الوطي لا يوجب نقصان
العين اذ هو استيفا منافع البضع فاشبه الاستخدام بخلاف وطي البكر
لان العذرة عضو منها وقد ازالها بالوطي ولنا ان منافع البضع لها حكم
الاجزا والاعيان بدليل انها مضمونة بالعين وغير العين لا تضمن بالعين
هو الاصل وقام الدليل على ان المنافع لا تضمن بالاتلاف عندنا اصلا فكان
استيفاوها في حكم اتلاف الاجزا والاعيان فانعدم شرط الرد فيمتنع
الرد كما اذا قطع طرفا منها وكما في وطي البكر بخلاف الاستخدام لانه استيفا
منفعة محضة ما لها حكم الجزء والعين ولانه لو رد الجارية وفسخ العقد
رفع من كل وجه او من وجه فتبين ان الوطي حصل في ملك البايع من — م ن الاصل صح
كل وجه او من وجه وانه حرام فكان المنع من الرد طريق الصيانة
عن الحرام وانه واجب وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا
اشترى رجلان شيا ثم اطلعا على عيب به كان عند البايع انه لا ينفرد
احدهما بالفسخ دون صاحبه وعند ابي يوسف ومحمد ينفرد احدهما
بالفسخ وعلى هذا الخلاف لو اشتريا شيا على انهما بالخيار فيه ثلاثة
ايام او اشتريا شيا لم يرياه وجه قولهما انه رد المشتري كما اذا اشترى
فيصح كما اذا اشترى عبدا على انه بالخيار في نصفه ثلاثة ايام فرد
النصف ودلالة الوصف انه اشترى النصف لانهما اشتريا العبد جملة — م لما صح
واحدة كان كل واحد منهما مشتريا نصفه وقد رد النصف فقد رد ما
اشترى كما اشترى ولابي حنيفة رحمه الله انه لم يوجد شرط الرد وثبوت
حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع والدليل على انه لم يوجد شرط الرد
ان الشرط ان يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضا ولم يوجد
لانه قبضه غير معيب بعيب زايد فلو رده لرده وهو معيب بعيب زايد
وهو عيب الشركة لان الشركة في الاعيان عيب لان نصف العين لا يشترى
بالثمن الذي يشترى به لو لم يكن مشتركا فلم يوجد رد ما اشترى كما اشترى
فلا يصح الرد دفعا للضرر عن البايع ولهذا لو اوجب البايع البيع في عبد لاثنين فقبل احدهما — م لو صح

دون

دون الاخر لم يصح لان البايع لم يرض بزوال ملكه الا عن الجملة فاذا قبل احدهما
فقد فرق الصفقة على البايع فلم يصح دفعا للضرر عنه كذا هذا وكذلك
لو كان النقصان بفعل اجنبي او بفعل البايع بان قطع يده ووجب الارش
او كانت جارية فوطيها ووجب العقر لم يكن له ان يرد بالعيب لما قلنا
ولمعنى اخر يختص به وهو ان النقصان بفعل الاجنبي او بفعل البايع يوجب
الارش او العقر للمشتري وانه زيادة ولهذا يمنع الرد بالعيب على ما
سنذكره ولو اشترى ماكولا في جوفه كالبطيخ والجوز والقثا والخيار
والرمان والبيض ونحوها فكسره فوجده فاسدا فهذا في الاصل لا يخلو
من احد وجهين اما ان يكون وجد كله فاسدا او وجد بعضه فاسدا
وبعضه صحيحا فان وجد كله فاسدا فان كان مما لا ينتفع به اصلا
فالمشتري يرجع على البايع بجميع الثمن لانه تبين ان البيع وقع باطلا
لانه بيع ما ليس بمال وبيع ما ليس بمال لا ينعقد كما اذا اشترى عبدا
ثم تبين انه حر وان كان مما يمكن الانتفاع به في الجملة ليس له ان يرده — م ان العيب عند [illegible] الشافعي له ان يرده صح
وجه قوله انه لما باعه منه فقد سلطه على الكسر وكان الكسر حاصلا
بتسليط البايع فلا يمنع الرد ولنا ما ذكرنا فيما تقدم ان شرط الرد
ان يكون المردود وقت الرد على الوصف الذي كان عليه وقت القبض
ولم يوجد لانه تعيب بعيب زايد بالكسر فلو رد عليه لرد معيبا
بعيبين فانعدم شرط الرد واما قوله البايع سلطه على الكسر فنعم
لكن بمعنى انه مكنه من الكسر باثبات الملك له فيكون هو بالكسر
متصرفا في ملك نفسه لا في ملك البايع بامره ليكون ذلك منه دلالة
الرضا بالكسر وان وجد بعضه فاسدا دون البعض ينظر ان كان
الفاسد كثيرا يرجع على البايع بجميع الثمن لانه قد ظهر ان البيع في
القدر الفاسد وقع باطلا لانه تبين انه ليس بمال واذا بطل
في ذلك القدر يفسد في الباقي كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما
صفقة واحدة وان كان قليلا فكذلك في القياس وفي الاستحسان صح
البيع في الكل وليس له ان يرده ولا ان يرجع فيه بشي لان قليل الفساد
فيه مما لا يمكن التحرز عنه اذ هذه الاشيا في العادة لا تخلو عن قليل فساد
فكان فيه ضرورة فيلحق ذلك القدر بالعدم ومن مشايخنا من فصل
تفصيلا اخر فقال اذا وجد كله فاسدا فان لم يكن لقشره قيمة فالبيع باطل

لقشره

لانه تبين انه باع ما ليس بمال وان كان لقشره قيمة كان القشر مالا ولكن
البايع بالخيار ان شا رضي به ناقصا وقبل قشره ورد جميع الثمن وان
شا لم يقبل لانه تعيب بعيب زايد ورد على المشتري حصة المعيب
حين كسره وان وجد بعضه فاسدا فهو على هذا التفصيل ايضا لانه ان
لم يكن لقشره قيمة رجع على البايع بحصته من الثمن وان كان لقشره
قيمة رجع بحصة العيب دون القشر اعتبارا للبعض بالكل الا اذا كان
الفاسد منه قليلا قدر ما لا يخلو امثله عن مثله فلا يرد ولا يرجع بشي
والله اعلم ومنها الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع بعد القبض وجملة
الكلام وجملته في الزيادة انها لا تخلو اما ان حدثت قبل القبض واما
ان حدثت بعده وكل واحد من الزيادتين لا تخلو من ان تكون منفصلة
او متصلة والمتصلة لا تخلو من ان تكون متولدة من الاصل كالحسن والجمال
والكبر والسمن والسمع والانجلا بياض احدى العينين ونحو ذلك او
غير متولدة منه كالصبغ في الثوب والسمن او العسل الملتوت بالسويق
والبنا في الارض ونحوها وكذلك المنفصلة لا تخلو من ان تكون متولدة
من الاصل كالكسب والصدقة والغلة والبيع لا يخلو من ان يكون صحيحا
او فاسدا اما الزيادة في البيع الفاسد فحكمها نذكره في بيان حكم البيع
الفاسد ان شا الله تعالى واما في البيع الصحيح فان حدثت الزيادة قبل
القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصل فانها لا تمنع الرد بالعيب
لان هذه الزيادة تابعة للاصل حقيقة لقيامها بالاصل فكانت مبيعة تبعا
والاصل ان ما كان تابعا في العقد يكون تابعا في الفسخ لان الفسخ رفع العقد
فينفسخ العقد في الاصل بالفسخ فيه مقصودا وينفسخ في الزيادة تبعا للانفساخ
في الاصل وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب
لان هذه الزيادة ليست بتابعة بل هي اصل بنفسها الا ترى انه لا يثبت حكم
البيع فيها اصلا وراسا فلو رد المبيع لكان لا يخلو اما ان يرده وحده بدون
الزيادة واما ان يرده مع الزيادة لا سبيل الى الاول لانه متعذر لتعذر
الفصل ولا سبيل الى الثاني لان الزيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون
تابعة في الفسخ ولان المشتري صار قابضا للمبيع باحداث هذه الزيادة فصار
كانها حدثت بعد القبض وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب والله اعلم
وان كانت منفصلة متولدة من الاصل لا تمنع الرد بالعيب وسنذكر الفرق ان شا الله

تعالى

كالرمان ونحوه فالبيع لا يبطل لانه اذا كان لقشره قيمة

بلغ

كالولد والثمر واللبن ونحوها او غير متولدة من الاصل صح

فان شاء المشتري ردهما جميعا وان شاء رضي بها بجميع الثمن بخلاف ما بعد القبض عندنا انها تمنع الرد بالعيب صح

تعالى ولو لم يجد بالاصل عيبا ولكن وجد بالزيادة عيبا ليس له ان يردها لان
هذه الزيادة قبل القبض مبيعة تبعا والمبيعة تبعا لا تحتمل فسخ العقد فيه
مقصودا الا اذا كان حدوث هذه الزيادة قبل القبض مما يوجب نقصانا
في المبيع كولد الجارية فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنقصان ولو قبض الاصل
والزيادة جميعا ثم وجد بالاصل عيبا له ان يرده خاصة بحصته من الثمن
بعد ما قسم الثمن على قدر الاصل وقت البيع وعلى قيمة الزيادة وقت القبض
لان الزيادة تاخذ قسطا من الثمن بالقبض كذلك يعتبر قيمتها وقت
القبض ولو لم يجد بالاصل عيبا ولكنه وجد بالزيادة عيبا ان يردها
خاصة بحصتها من الثمن لانه صار لها حصة من الثمن بالقبض فيردها
بحصتها من الثمن وان كانت الزيادة منفصلة من الاصل فانها لا تمنع الرد
بالعيب لان هذه الزيادة ليست بمبيعة لانعدام ثبوت حكم البيع فيها وانما
هي مملوكة بسبب على حدة وهو ملك الاصل فبالرد ينفسخ العقد في
الاصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصودا او
بملك الاصل لا بالبيع فكانت ربحا لا ربا لاختصاص الربا بالبيع لانه فضل
مال قصد استحقاقه بالبيع في عرف الشرع ولم يوجد ثم اذا رد الاصل
فالزيادة تكون للمشتري بغير ثمن عند ابي حنيفة رحمه الله لكنها لا تطيب
له لانها حدثت على ملكه الا انها ربح ما لم يضمن فلا يطيب وعند ابي
يوسف ومحمد الزيادة تكون للبايع لكنها لا تطيب له هذا اذا اختار
المشتري الرد بالعيب فان رضي بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له
بالاجماع لانها ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
ولانها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وانه تفسير الربا ولو قبض المبيع
مع هذه الزيادة ثم وجد بالمبيع عيبا فان كانت الزيادة هالكة له ان يرد المبيع
خاصة بجميع الثمن بلا خلاف وان كانت قايمة فكذلك عند ابي حنيفة
رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد يرد معه الزيادة وجه قولهما ان هذه
زيادة حدثت قبل القبض فيردها مع الاصل في حكم العقد فلا يتبعه في
حكم الفسخ ولو وجد بالزيادة عيبا ليس له ان يردها لانه لا حصة لهذه
الزيادة من الثمن فلا تحتمل الرد بالعيب لانها لو ردت لردت بغير شي هذا
اذا حدثت الزيادة قبل القبض فاما اذا حدثت بعد القبض فان كانت
متصلة متولدة من الاصل فانها لا تمنع الرد ان رضي المشتري بردها مع

له صح

غير متولدة صح

ووجه قول ابي حنيفة ان هذه الزيادة لا تتبع الاصل صح

بلغ

الاصل بلا خلاف لانها تابعة حقيقة وقت الفسخ فبالرد ينفسخ العقد
من الاصل مقصودا او ينفسخ في الزيادة تبعا وان ابى ان يرده واراد ان ياخذ
نقصان العيب من البايع وابى البايع الا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن
اختلف فيه العلماء قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله للمشتري ان ياخذ
نقصان العيب من البايع وليس للبايع ان يابى ذلك ويطلب الرد ويقول
لا اعطيك نقصان العيب ولكن رد علي المبيع معيبا لادفع اليك جميع الثمن
وقال محمد ليس للمشتري ان يرجع بالنقصان على البايع اذا ابى ذلك وللبايع
ان يقول له رد علي المبيع حتى ارد عليك الثمن كله ولقب المسلة ان الزياده
المتصلة المتولدة من الاصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب اذا لم يرض
صاحب الزيادة وهو المشتري برد الزيادة ويريد الرجوع بنقصان العيب
عندهما تمنع وعنده لا تمنع واصل المسلة في النكاح اذا ازداد المهر زيادة
متصلة متولدة من الاصل بعد القبض ثم ورد الطلاق قبل الدخول انها هل
تمنع عندهما تمنع وعليها نصف القيمة يوم قبضته وعنده لا تمنع وان
كانت متصلة غير متولدة من الاصل تمنع الرد بالاجماع ويرجع بنقصان
العيب لما ذكرنا انه او رد الاصل فاما ان يرده وحده واما ان يرد معه
الزيادة والرد وحده لا يمكن والزياده ليست بتابعة في العقد فلا يمكن
جعلها تابعة في الفسخ الا اذا تراضيا على الرد لانه صار بمنزلة بيع جديد
وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب
عندنا وعند الشافعي لا تمنع ويرد الاصل بدون الزيادة وكذلك هذه
الزيادة تمنع الفسخ عندنا من الاقالة والرد بخيار الشرط وخيار الروية
والكلام فيه مبني على اصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان الزيادة عندنا مبيعة
تبعا لثبوت حكم الاصل فيه تبعا وبالرد بدون الزيادة في يد المشتري
مبيعا مقصودا بلا ثمن يستحق بالبيع وهذا تفسير الربا في عرف الشرع
بخلاف الزيادة قبل القبض فانها لا ترد بدون الاصل ايضا احترازا
عن الربا بل ترد مع الاصل وردها مع الاصل لا يتضمن الربا ثم انها لا يرد
الاصل مع الزيادة ها هنا وردا هناك اما امتناع رد الاصل بدون الزيادة
فلما قلنا انه يودي الى الربا واما رده مع الزيادة فلانه يودي الى ان يكون
الولد التابع بعد الرد ربح ما لم يضمن لانه ينفسخ العقد في الزيادة ويعود
الى البايع ولم يصل الى المشتري بمقابلته شي من الثمن في الفسخ لانه لا حصه

ط التصيف صح
م وقد ذكرنا المسلة في النكاح صح

م ينفسخ العقد في الاصل مقصودا وفي الزيادة صح

له

له من الثمن فكان الولد للبايع ربح ما لم يضمن لانه حصل في ضمان المشتري
فاما الولد قبل القبض فقد حصل في ضمان البايع فلو انفسخ العقد فيه لا
يكون ربح ما لم يضمن بل ربح ما ضمن وان كانت منفصلة غير
متولدة من الاصل لا تمنع الرد بالعيب ويرد الاصل على البايع والزيادة
للمشتري طيبة له لما مر ان هذه الزيادة ليست بمبيعة اصلا لانعدام
ثبوت حكم المبيع فيها بل ملكت بسبب على حدة فامكن اثبات حكم
الفسخ فيه بدون الزيادة فيرد الاصل وينفسخ العقد فيه وتبقى
الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعا فتطيب
له هذا اذا كانت الزيادة قايمة في يد المشتري فاما اذا كانت
هالكة فهلاكها لا يخلو من ان يكون بافة سماوية او بفعل المشتري
او بفعل اجنبي فان كان بافة سماوية له ان يرد الاصل بالعيب وتجعل
الزيادة كانها لم تكن وان كان بفعل المشتري فالبايع بالخيار ان
شا قبل ورد جميع الثمن وان شا لم يقبل ويرد نقصان العيب سوا
كان حدوث تلك الزيادة اوجب نقصانا في الاصل او لم يوجب نقصانا
فيه لان اتلاف الزيادة بمنزلة اتلاف جزء متصل بالاصل لكونها متو
من الاصل وذا يوجب الخيار للبايع وان كان بفعل اجنبي ليس له ان
يرد لانه يجب ضمان الزيادة على الاجنبي فيقوم الضمان مقام العين فكان
عينه قايم فيمنع الرد ويرجع بنقصان العيب والله اعلم واما
بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام ها هنا يقع في موضعين احدهما
في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرايط جواز الفسخ اما
الاول فنوعان اختياري وضروري فالاختياري نحو قوله فسخت
او نقضت او رددته وما في معناه والضروري هلاك المعقود عليه
قبل القبض واما شرايط جواز الفسخ فمنها سقوط الخيار لان البيع
يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن احتمال الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ
بلا خلاف بين اصحابنا سوا كان بعد القضا او قبله بخلاف خيار الشرط
والروية وهل يشترط له القضا والرضا ان كان قبل القبض لا يشترط له
قضا القاضي ولا رضي البايع وان كان بعد القبض يشترط له القضا او
الرضا وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة
على البايع قبل التمام اضرار به على ما نذكر والضرر واجب الدفع ما امكن

ا

لكن

م عدم صح

م فان يتضمن لا يجوز
الا ان رضي به البايع
لان تفريق الصفقة على
البايع قبل التمام صح

الا ان يرضى به البايع لان الضرر المرضي به من جهة المتضرر لا يجب دفعه
وعلى هذا يخرج ما اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا فاراد رد بعضه دون بعض
قبل القبض وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون شيا واحدا
حقيقة وتقديرا كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون والمعدود
المتقارب في وعا واحد او صبرة واحدة واما ان يكون اشيا متعدده
كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل والموزون والمعدود في وعايين
او صبرتين وكل شيين ينتفع باحدهما فيما وضع له بدون الاخر واما
ان يكون شيين حقيقة وشيا واحدا تقديرا كالخفين والنعلين والمكعبين
ومصراعي الباب وكل شيين لا ينتفع باحدهما فيما وضع له بدون الاخر
ولا يخلو اما ان يكون المشتري قبض كل المبيع واما ان لم يقبض شيا منه
واما ان قبض البعض دون البعض والحادث في المبيع لا يخلو اما ان يكون
عيبا او استحقاقا اما العيب فان وجد ببعض المبيع قبل القبض لشي منه
فالمشتري بالخيار ان شا رضي بالكل ولزمه جميع الثمن وان شا رد الكل
وليس له ان يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن سوا كان المبيع شيا
واحدا او اشيا لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض وتفريق الصفقة قبل
تمامها باطل والدليل على ان الصفقة لا تتم قبل القبض ان الموجود قبل
القبض اصل العقد والملك لا صفة التاكد الا ترى انه يحتمل الانفساخ بهلاك
المعقود عليه وهو اية عدم التاكد واذا قبض وقع الامن عن الانفساخ
بالهلاك فكان حصول التاكد بالقبض والتاكيد اثبات من وجه او له شبهة
الاثبات وكذلك ملك التصرف يقف على القبض فيدل على نقصان الملك
قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان العقد وكذا المشتري اذا وجد
بالمبيع عيبا ينفسخ البيع بنفس الرد من غير الحاجة الى قضا القاضي ولا الى
التراضي ولو كانت الصفقة تامة قبل القبض لما احتمل الانفساخ بنفس
الرد كما بعد القبض فيثبت بهذه الدلايل ان الصفقة ليست تامة
قبل القبض والدليل على انه لا يجوز تفريق الصفقة على البايع قبل تمامها
ان في التفريق ضررا بالبايع والضرر واجب الدفع ما امكن وبيان الضرر
ان المبيع لا يخلو اما ان يكون شيا واحدا واما ان يكون اشيا فالتفريق يتضمن	واما ان يكون شيئين
الشركة والشركة في الاعيان عيب فكان التفريق تعييبا وانه عيب
زايد لم يكن عند البايع فيتضرر به البايع وان كان المبيع اشيا فالتفريق

يتضمن ضررا اخر وهو لزوم البيع في الجيد بثمن الردي لان ضم الردي الى الجيد
والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجار ترويجا للردي بواسطة
الجيد فمن الجايز ان يجد المشتري العيب بالردي فيرده فيلزم البيع
في الجيد بثمن الردي فيتضرر به البايع فدل ان في التفريق ضررا فيجب
دفعه ما امكن ولهذا لم يجز التفريق في القبول بان اضاف الايجاب
الى الجملة فقبل المشتري في البعض دون البعض دفعا للضرر عن البايع
بلزوم حكم البيع في البعض من غير اضافة الايجاب اليه لانه ما اوجب
البيع الا في الجملة فلا يصح القبول الا في الجملة لئلا يزول ملكه من غير
ازالته فيتضرر به على ان تمام الصفقة لما تعلق بالقبض كان
القبض في معنى القبول من وجه فكان رد البعض وقبض البعض
تفريقا في القبول من وجه فلا يملك الا ان يرضى البايع برد المعيب
عليه فياخذه ويدفع حصته من الثمن فيجوز وياخذ المشتري
الباقي بحصته من الثمن لان امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظرا له
فاذا رضي به فلم ينظر لنفسه وان كان المشتري قبض بعض المبيع
دون بعض فوجد ببعضه عيبا فكذلك لا يملك رد المعيب ا و	خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيئا واحدا او اشياء وسواء وجد العيب بغير المقبوض صح
المقبوض في ظاهر الرواية لان الصفقة لا تتم الا بقبض جميع المعقود
عليه فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وانه
باطل وروي عن ابي يوسف انه ان وجد العيب بغير المقبوض
فكذلك فاما اذا وجد بالمقبوض فله ان يرده خاصة بحصته
من الثمن فهو نظر الى المعيب منهما ايهما كان واعتبر الاخر به فان
كان المعيب غير المقبوض اعتبر الاخر غير مقبوض فكانهما لم يقبضا
جميعا وان كان المعيب مقبوضا اعتبر الاخر مقبوضا فكانه قبضهما
جميعا لكن هذا الاعتبار غير سديد لانه في حد التعارض اذ ليس
اعتبار المعيب بالمعيب في القبض وعدمه اولى من اعتبار المعيب
بغير المعيب في القبض بل هذا اولى لان الاصل عدم القبض فالعمل
بالاصل عند التعارض اولى هذا اذا كان المشتري لم يقبض شيا من
المبيع او قبض البعض دون البعض فان كان قبض الكل ثم وجد به عيبا
فان كان المبيع شيا واحدا حقيقة وتقديرا فكذلك الجواب ان المشتري
ان شا رضي بالكل بكل الثمن وان شا رد الكل واسترد جميع الثمن

وليس له ان يرد قدر المعيب خاصة بحصته من الثمن لما ذكرنا ان فيه
الزام عيب الشركة وانها عيب حادث مانع من الرد وان كان اشيا
حقيقة شيا واحدا تقديرا فكذلك الجواب لان المشتري ان شا افراد
احدهما بالرد اضر بالبايع اذ لا يمكن الانتفاع باحدهما فيما وضع له بدون
الاخر فكانا فيما وضعا له من المنفعة كشي واحد فكان المبيع شيا واحدا
من حيث المعنى فبالرد تثبت الشركة من حيث المعنى والشركة في الاعيان
عيب. واذا كان لا يمكن الانتفاع باحدهما بدون الاخر فيما وضع له كان
التفريق تعييبا فيعود المبيع الى البايع بعيب زايد حادث لم يكن عنده
وان كان اشيا حقيقة وتقديرا فليس له ان يرد الكل الا عند التراضي
وله ان يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند اصحابنا الثلاثة وعند
زفر والشافعي ليس له ذلك بل يردهما او يمسكهما وجه قولهما ان
ان في التفريق بينهما في الرد اضرارا بالبايع لما ذكرنا ان ضم الردي الى الجيد
في البيع من عادة التجار ليروج الردي بواسطة الجيد وقد يكون العيب
بالردي فيرده على البايع فيلزمه البيع في الجيد بثمن الردي وهذا
ضرر بالبايع ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا هذا ولنا ان ما ثبت
له حق الرد وجد في احدهما فكان له ان يرد احدهما وهذا لان حق
الرد انما ثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة والثابتة
مقتضى العقد على ما بينا والسلامة فاتت في احدهما فكان له رده
خاصة فلو امتنع الرد انما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة وتفريق الصفقة
باطل قبل التمام لا بعده والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع واما
قولهما يتضرر البايع بالردي خاصة فنعم لكن هذا ضرر مرضي به من يرد صح
جهته لان اقدامه على بيع المعيب وتدليس العيب مع علمه ان الظاهر
من حال المشتري انه لا يرضى بالعيب دلالة الرضا بالرد بخلاف فلا يتم قبل القبض لان الرضا بالرد صح
ما قبل القبض لانه لا تمام للعقد قبل القبض فكان الرد ضررا غير
مرضي به فيجب دفعه وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية ان
المشتري لا يملك رد البعض دون البعض سوا كان قبض الكل او لم يقبض
شيا او قبض البعض دون البعض وسوا كان المعقود عليه شيا واحدا
او اشيا لان خيار الشرط والرؤية يمنع تمام الصفقة بدليل انه يرد
من غير قضا ولا رضى سوا كان بعد القبض او قبله ولو تمت لما احتمل
الصفقة

الرد

الرد الا بقضا القاضي او التراضي دل ان هذا الخيار يمنع تمام الصفقة ولا يجوز
تفريق الصفقة قبل التمام وها هنا بخلافه ولو قال المشتري انا امسك
المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك لان قوله امسك المعيب دلالة
الرضا بالعيب وانه يمنع الرجوع بالنقصان وكذلك لو كان المبيع اشيا
فوجد بالكل عيبا فاراد رد البعض دون البعض ان المردود ان كان مما
لو كان العيب به وحده لكان له رده وحده كالعبدين والثوبين فله
ذلك لانه اذا امسك البعض فقد رضي بعيبه فبطل حق الرد فيه لانه
تبين ان صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه
فصار كانه كان صحيحا في الاصل ووجد بالاخر عيبا فيرده وان كان
المردود مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرد كالخفين والنعلين
ونحوهما ليس له ذلك لما ذكرنا ان التفريق بينهما تعييب ولو اشترى
عبدين فوجد باحدهما عيبا قبل القبض فقبض المعيب وهو عالم
بالعيب لم يكن له ان يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لان قبض
المعيب مع العلم بالعيب دليل الرضا والقبض شبيه بالعقد فكان
الرضا به عند القبض كالرضا به عند العقد ولو رضي به عند العقد
سقط خياره ولزماه جميعا كذا هذا ولو قبض الصحيح منهما او كانا
والصفقة لا تتم بقبض بعض المعقود عليه معيبين فقبض احدهما لم يسقط خياره لانه قبض بعض المعقود عليه
وانما تتم الصفقة بقبض الكل فلو لزمه العقد في المقبوض دون الاخر
لتفرقت الصفقة على البايع قبل التمام وتفريق الصفقة قبل التمام
باطل ولا يمكن اسقاط حقه عن غير المقبوض لانه لم يرض به فبقي له
الخيار على ما كان والله اعلم واما الاستحقاق فان استحق بعض المعقود
عليه قبل القبض ولم يجوز المستحق بطل العقد في القدر المستحق لانه
تبين ان ذلك القدر لم يكن ملك البايع ولم توجد الاجازة من
المالك فبطل وللمشتري الخيار في الباقي ان شا رضي به بحصته من
الثمن وان شا رده سوا كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في
الباقي او لا يوجب لانه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على
المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك
يوجب الخيار فكذا هذا وان كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون
البعض فكذلك الجواب سوا ورد الاستحقاق على المقبوض او على غير

المقبوض وإن كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع في القدر المستحق
لما قلنا ثم ينظر إن كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي بأن كان
المعقود عليه شيئا واحدا حقيقة وتقديرا كالدار والكرم والأرض والعبد
ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن
شاء رد لأن الشركة في الأعيان عيب وكذلك إن كان المعقود عليه شيئين
من حيث الصورة شيئا واحدا من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار
في الباقي فإن كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي بأن
كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين فاستحق أحدهما
أو كان صبرة حنطة أو جملة وزني فاستحق بعضه فإنه يلزم المشتري
الباقي بحصته من الثمن لأنه لا ضرر في تبعيضه فلم يكن له خيار الرد
والله أعلم وأما بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع فالكلام
في حق الرجوع بالنقصان في موضعين أحدهما في بيان شرائط ثبوت
حق الرجوع والثاني في بيان ما يبطل به هذا الحق بعد ثبوته وما لا يبطل
أما الشرائط فمنها امتناع الرد وتعذره فلا يثبت مع إمكان الرد حتى لو
وجد به عيبا ثم أراد المشتري أن يمسك المبيع مع إمكان رده على
البائع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف
عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف ولأن إمساك المبيع المعيب
مع علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب والرضا بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان
كما يمنع الرد ومنها أن يكون امتناع الرد لا من قبل المشتري فإن كان
من قبله لا يرجع بالنقصان لأنه يصير حابسا المبيع بفعله ممسكا عن
الرد وهذا يوجب بطلان الحق أصلا ورأسا وعلى هذا يخرج ما إذا هلك
المبيع أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل المشتري ثم علم أنه يرجع بالنقصان
لأن امتناع الرد في الهلاك لضرورة فوات المحل وفي النقصان لأمر يرجع
إلى البائع وهو دفع ضرر زائد يلحقه بالرد ألا ترى أن للبائع أن يقول
أنا أقبله مع النقصان فأدفع إليك جميع الثمن وإذا كان امتناع الرد
لأمر يرجع إليه وهو لزوم الضرر إياه بالرد فإذا دفع الضرر عنه
بامتناع الرد لا بد من دفع الضرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان وسواء
كان النقصان يرجع إلى الذات بفوات جزء من العين أو لا يرجع إليه كما إذا
كان المبيع جارية ثيبا فوطئها المشتري أو قبلها لشهوة ثم علم بالعيب لأن

الرد

الرد امتنع من قبل المشتري لا من قبل البائع ألا ترى أن له أن يقبلها موطوءة
ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها زوجها في يد المشتري فإن كان زوجها
قد وطئها في يد البائع لم يرجع بالنقصان لأن هذا الوطء لا يمنع الرد وإمكان
الرد يمنع الرجوع بالنقصان وإن كان لم يطأها عند البائع فوطئها عند
المشتري فإن كانت بكرا يرجع بالنقصان لأن وطء البكر يمنع الرد
بالعيب لأنه يوجب نقصان العين بإزالة العذرة والامتناع هاهنا
ليس لمعنى من قبل المشتري بل من قبل البائع فلا يمنع الرجوع بالنقصان
وإن كانت ثيبا لم يذكر في الأصل أنه يمنع الرد أم لا وقيل لا يمنع فلا يرجع
بالنقصان مع إمكان الرد وكذا لو كان المبيع قائما حقيقة هالكا تقديرا
بأن أعطي له حكم الهلاك كما إذا كان المبيع ثوبا فقطعه وخاطه أو حنطة
فطحنها أو دقيقا فخبزه أو لحما فشواه فإنه يرجع بالنقصان لأن امتناع
الرد في هذه المواضع من قبل البائع ولو حدث في المبيع أو بسببه زيادة
مانعة من الرد كالولد والثمر واللبن والأرش والعقر يرجع بالنقصان
لأن امتناع الرد هاهنا لا من قبل المشتري بل من قبل الشرع لما ذكرنا فيما
تقدم أنه لو رد الأصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعا مقصودا بلا
ثمن وهذا تفسير الربا في متعارف الشرع وحرمة الربا تثبت حقا
للشرع ولهذا لو تراضيا على الرد لا يقضي بالرد لأن الحرمة الثابتة حقا
للشرع لا تسقط برضا العبد فإذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع إلى
الشرع لا إلى المشتري بقي حق المشتري في وصف السلامة واجب
الرعاية فكان له أن يرجع بالنقصان جبرا لحقه ولو كانت الزيادة المانعة
سمنا أو عسلا لته بسويق أو عصفرا أو زعفرانا صبغ به الثوب أو بناء
على الأرض يرجع بالنقصان لأن التعذر ليس من قبل المشتري ولا من قبل
البائع بل من قبل الشرع ألا ترى أنه ليس للبائع أن يقول أنا آخذه كذلك
وتعذر الرد من قبل الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا ولو باعه
المشتري أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لأن امتناع الرد هاهنا
من قبل المشتري لأنه بالبيع صار ممسكا عن الرد لأن المشتري قام مقامه
فصار مبطلا للرد الذي هو الحق فلا يرجع بشيء وكذلك لو كاتبه لأنها توجب
صيرورة العبد حرا يدا فصار بالكتابة ممسكا له عن الرد فأشبه البيع
وكذلك لو أعتقه على مال ثم وجد به عيبا لأن الإعتاق على مال في حق المعتق

في معنى البيع لانه اخذ العوض بمقابلته والبيع يمنع الرجوع بالنقصان كذا هذا
وروي عن ابي يوسف انه لا يمنع ولو اعتقه على مال ثم وجد به عيبا او وجد غيره
به عيبا فالقياس ان لا يرجع وهو قول الشافعي وفي الاستحسان يرجع وجه
القياس ان الرد امتنع بفعله وهو الاعتاق فاشبه البيع والكتابة وجه
الاستحسان ان تعذر الرد هاهنا ليس من قبل المشتري لان الاعتاق ليس بازالة
الملك بل الملك ينتهي عند الاعتاق وهذا لان الاصل في الادمي عدم الملك
والمالية اذ الاصل فيه ان يكون حرا لان الناس كلهم اولاد ادم وحوا عليهما
السلام والمتولد من الحرين يكون حرا الا ان الشرع ضرب الملك والمالية
عليه بعارض الكفر موقتا الى غاية الاعتاق والموقت الى غاية ينتهي عند
وجود الغاية فينتهي الملك والمالية عند الاعتاق فصار كما لو انتهى بالموت
وبه تبين ان الاعتاق ليس بحبس بخلاف البيع لانه لما اخذ العوض فقد
اقام المشتري مقام نفسه فكانه استبقاه على ملكه فصار حابسا اياه بفعله
ممسكا عن الرد فلم يرجع بالنقصان وكذلك لو دبره او استولدها ثم وجد به
عيبا يرجع بالنقصان لان الرد لم يمتنع من قبل المشتري بل من قبل الشرع ولو قتله المشتري
لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يرجع لان
المقتول ميت باجله فتنتهي حياته عند القتل كما تنتهي عند الموت
فصار كما لو مات حتف انفه وهناك يرجع بالنقصان كذا هاهنا وجه
ظاهر الرواية ان فوات الحياة ان لم يكن اثر فعل القاتل حقيقة فهو اثر فعله
فعله عادة فجعل في حق القاتل كانه تفويت الحياة حقيقة وان الانتهاء وان
كان انتهاء حقيقة كالاعتاق على مال انه الحق بالبيع في حق المعتق وان لم
يكن كذلك في حق العبد فصار حابسا للعبد بصنعه ممسكا ولو كان المبيع
طعاما فاكله المشتري او ثوبا فلبسه حتى تخرق لم يرجع بالنقصان في قول
ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد يرجع وجه قولهما ان اكل
الطعام ولبس الثوب استعمال الشي فيما وضع له وانه انتفاع لا اتلاف بخلاف
القتل فانه ازالة الحياة في حق القاتل فكان حبسا وامساكا وجه قول
ابي حنيفة رحمه الله ان المشتري باكل الطعام ولبس الثوب اخرجهما عن
ملكه حقيقة اذ الملك فيهما ثبت مطلقا لا موقتا بخلاف العبد فاشبه القتل
ولو استهلك الطعام او الثوب بسبب اخر وراء الاكل واللبس ثم وجد به
عيبا لم يرجع بالنقصان بلا خلاف لان استهلاكهما في غير ذلك الوجه

ابطال

226

ابطال المحض فيشبه القتل ولو اكل بعض الطعام ثم وجد به عيبا ليس له
ان يرد الباقي ولا ان يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام كله
شي واحد بمنزلة العبد وقد امتنع رد بعضه بمعنى من قبل المشتري فيبطل
حقه اصلا في الرد والرجوع كما لو باع بعض الطعام دون بعض وروي عن ابي يوسف
انه قال لا يرد الباقي ويرجع بارش قدر الماكول والباقي الا اذا رضي البايع ان
ياخذ الباقي بحصته من الثمن وروي عن محمد انه قال انه يرد الباقي ويرجع
بنقصان العيب فيما اكل لانه ليس في تبعيض الطعام ضرر فيمكن رد البعض
فيه دون البعض وليس للبايع ان يمتنع من ذلك وبه كان يفتي الفقيه ابو
جعفر وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمهما الله ولو باع بعض الطعام دون
البعض لم يرد الباقي ولا يرجع بالنقصان عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر
يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب الا اذا رضي البايع ان ياخذ الباقي بحصته
من الثمن وجه قول زفر ان امتناع الرد والرجوع بالنقصان لاجل البيع
وانه وجد في البعض دون البعض فيمتنع في البعض دون البعض لان الاصل ان
يكون الامتناع بقدر المانع ولنا ما ذكرنا ان الطعام كله شي واحد كالعبد
فالامتناع في البعض لمعنى من قبل المشتري يوجب الامتناع في الكل ولو كان المبيع
دارا فبناها مسجدا ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لانه لما بناها مسجدا
فقد اخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها ولو اشترى ثوبا وكفن به ميتا ثم
اطلع على عيب به فان كان المشتري وارث الميت وقد اشترى من التركة يرجع
بالنقصان لان الملك في الكفن لم يثبت للمشتري وانما يثبت للميت لان الكفن
من الحوايج الاصلية للميت وقد امتنع رده بالعيب لا من قبل المشتري فكان له ان
يرجع بالنقصان وان كان المشتري اجنبيا فتبرع بالكفن لم يرجع لان الملك في
المشتري وقع له فاذا كفن به فقد اخرجه عن ملكه بالتكفين فاشبه البيع
والله اعلم ومنها عدم وصول عوض المبيع الى المشتري مع تعذر الرد في
ظاهر الرواية فان وصل اليه عوضه بان قتله اجنبي في يده خطا لا يرجع
بالنقصان وان تعذر رده على البايع وروي عن ابي يوسف ومحمد انه يرجع
بالنقصان لانه لم يصل اليه حصة العيب وانما وصل اليه قيمة المعيب فكان
له ان يرجع بمقدار العيب والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما وصل اليه قيمته
قامت القيمة مقام العين فكانها قايمة في يده لما وصل اليه عوضه فصار
كانه باعه ولو باعه المشتري ثم اطلع على عيب به لم يرجع بالنقصان كذا هذا

ومنها عدم الرضا بالعيب صريحا ودلالة وهو ان يتصرف في المبيع بعد العلم
بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب فان ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع
جميعا وقد ذكرنا التصرفات التي هي دليل الرضا بالعيب بعد العلم بالعيب
فيما تقدم ولو لم يعلم بالعيب حتى تصرف فيه تصرفا يمنع الرد ثم علم فان
كان التصرف مما لا يخرج السلعة عن ملكه يرجع بالنقصان الا الكتابة
لانعدام دلالة الرضا وفي الكتابة لا يرجع لانها في معنى البيع على ما مر وان
كان التصرف مما يخرج السلعة عن ملكه كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان
الا الاعتاق لا على مال استحسانا على ما ذكرنا فيما تقدم واما بيان ما يبطل
به حق الرجوع يبطل بصريح الابطال وما يجري مجرى الصريح نحو
قوله ابطلته او اسقطته او ابراتك عنه وما يجري هذا المجرى لان خيار
الرجوع حقه كخيار الرد لثبوته بالشرط وهي السلامة المشروطة في
العقد دلالة بخلاف خيار الروية والانسان بسبيل من التصرف في حقه
استيفاء واسقاطا ويسقط ايضا بالرضا بالعيب وهو نوعان صريح وما
يجري مجرى الصريح ودلالة فالصريح هو ان يقول رضيت بالعيب الذي به
او اخترت او اجزت البيع وما يجري مجراه والدلالة هي ان يتصرف في
المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب كما اذا انتقص المبيع
في يد المشتري وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الارش ثم تصرف
فيه تصرفا اخرجه عن ملكه بان باعه او وهب وسلم او اعتق او دبر او
استولد مع العلم بالعيب دلالة الامساك عن الرد وذا دليل الرضا بالعيب
فيبطل حق الرجوع ولو امتنع الرد بسبب الزيادة المنفصلة المتولدة من
الاصل كالولد وغيره او الى اصلة بسبب الاصل غير المتولدة منه كالصبغ
ونحو ذلك ثم تصرف تصرفا اخرجه عن ملكه لا يبطل حق الرجوع بالارش
بل يبقى الارش على حاله لان التصرف في هذه الصورة لم يقع دلالة على الامساك
عن الرد لان امتناع الرد كان ثابتا قبله الا ترى انه ليس للبايع خيار الاسترداد
بان يقول انا اقبله كذلك مع العيب وارد عليك جميع الثمن واذا كان الرد
ممتنعا قبل التصرف لم يكن هو بالتصرف ممسكا عن الرد فلا يكون
دليل الرضا فبقي الارش واجبا كما كان بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يكن
الرد ممتنعا حتما الا ترى ان للبايع ان يقبله ناقصا مع العيب فكان المشتري
بتصرفه مفوتا على نفسه حق الرد فكان حابسا المبيع بفعله ممسكا اياه عن

حق الرجوع بعد ثبوته وما لا يبطل صح

لان التصرف المخرج عن الملك مع العلم بالعيب

كالارش والعقر والزيادة المنفصلة غير المتولدة صح

الرد وانه دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع فصار الاصل في هذا الباب ان
وجوب الارش اذا لم يكن ثابتا على سبيل الحتم والالزام بل كان خيار الاسترداد مع
العيب فتصرف المشتري بعد ذلك تصرفا مخرجا عن الملك يوجب بطلان
الارش وان كان وجوبه ثابتا حتما بان لم يكن للبايع خيار الاسترداد فتصرف
المشتري لا يبطل الارش ووجه الفرق بين الفصلين على نحو ما بينا والله اعلم
واما بيان طريق معرفة نقصان العيب وطريقه ان تقوم السلعة وليس بها
ذلك العيب وتقوم وبها ذلك فينظر الى نقصان ما بين القيمتين فيرجع
على بايعه بقدر ما نقصه العيب من حصته من الثمن ان كانت قيمته مثل ثمنه
وان اختلفا فان كان النقصان قدر عشر القيمة يرجع على بايعه بعشر الثمن
وان كان قدر خمسها يرجع بخمس الثمن مثاله اذا اشترى ثوبا قيمته
عشرة بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر قيمته وهو درهم يرجع
على بايعه بعشر الثمن وهو درهم ولو اشترى ثوبا قيمته عشرون بعشرة
فاطلع على عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان فانه يرجع على
البايع بعشر الثمن وذلك درهم واحد ولو كانت قيمته عشرة وقد اشتراه
بعشرين والعيب ينقصه عشر القيمة وذلك درهم واحد يرجع على
بايعه بعشر الثمن وذلك درهمان على هذا القياس فافهم والله اعلم واما
الخيار الثابت شرعا لا شرطا فهو خيار الروية والكلام فيه في مواضع في بيان
شرعية البيع الذي فيه خيار الروية وفي بيان صفته وفي بيان حكمه وفي
بيان شرايط ثبوت الخيار وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته
وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم
اما الكلام في شرعيته فقد مر في موضعه واما صفته فهي ان شرا ما لم يره
المشتري غير لازم لان عدم الروية يمنع تمام الصفقة لما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا راه ولان جهالة
الوصف توثر في الرضا فتوجب خللا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب
الخيار ولان من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له اذا راه فيحتاج الى
التدارك فيثبت له الخيار لامكان التدارك عند الندم نظرا له كما ثبت خيار
الرجعة شرعا نظرا للزوج تمكينا له من التدارك عند الندم كما قال الله تعالى
لعل الله يحدث بعد ذلك امرا واما بيع ما لم يره البايع فهل يلزم روي ان ابا حنيفة
كان يقول اولا لا يلزم ويثبت له الخيار ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار وجه

للبايع صح

خيار الروية

قوله الاول ان ما يثبت له الخيار في شرا ما لم يره المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني
موجود في بيع ما لم يره البايع فورود الشرع بالخيار ثمة يكون ورودا هاهنا
دلالة وجه قوله الاخر ما روي ان عثمان باع ارضا له من طلحة بن عبيد الله
رضي الله عنهما ولم يكونا راياها فقيل لعثمان رضي الله عنه غبنت فقال لي
الخيار لاني بعت ما لم اره وقيل لطلحة رضي الله عنه مثل ذلك فقال لي الخيار
لاني اشتريت ما لم اره فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضي بالخيار لطلحة
رضي الله عنهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد منهم
فكان اجماعا منهم على ذلك والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد لان
مشتري ما لم يره يشتري على انه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شي على
انه جيد فاذا هو ردي ومن اشترى شيا على انه جيد فاذا هو ردي فله
الخيار وبايع شي لم يره يبيع على انه ادون مما ظنه فكان بمنزلة بايع شي
على انه ردي فاذا هو جيد لا خيار للبايع فلهذا افترقا والله اعلم واما — بلغ — م ومن باع شيئا على انه ردي فاذا هو جيد صح
حكمه فحكم البيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع
وثبوت الملك للبايع في الثمن للحال لان ركن البيع صدر مطلقا عن شرط
كان ينبغي ان يلزم الا انه ثبت الخيار شرعا لا شرطا بخلاف البيع بشرط
الخيار لان الخيار يثبت بنص كلام العاقدين فاثر في الركن بالمنع من
الانعقاد في حق الحكم على ما مر والله اعلم واما شرايط ثبوت الخيار فمنها
ان يكون المبيع مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت
فيه الخيار حتى انهما لو تبايعا عينا بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما
ولو تبايعا عينا بدين فللمشتري الخيار ولا خيار للبايع وانما كان كذلك — م وتبايعا دينا بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ولو اشترى صح
لان المبيع اذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد برده لانه اذا لم
يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد وقيام العقد يقتضي ثبوت حق
المطالبة بمثله واذا قبض يرده هكذا الى ما لا يتناهى فلم يكن الرد مفيدا
بخلاف ما اذا كان عينا لان العقد ينفسخ برده لانه يتعين في العقد فيتعين
في الفسخ ايضا فكان الرد مفيدا ولان الفسخ انما يرد على المملوك بالعقد وما لا
يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وانما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ
ولهذا ثبت خيار الروية في الاجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة
ونحو ذلك لان هذه العقود تنفسخ برد هذه الاشيا فيثبت بها خيار الروية
ولا يثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لان هذه

العقود

العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الاموال فصار الاصل ان كل ما ينفسخ العقد
فيه برده يثبت فيه خيار الروية وما لا فلا والفرق ما ذكرنا والله اعلم ومنها
عدم الروية فان اشتراه وهو يراه فلا خيار له لان الاصل هو لزوم العقد
وانبرامه لان ركن العقد وجد مطلقا عن شرط الا انا عرفنا ثبوت الخيار شرعا
بالنص والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري بقوله صلى الله عليه وسلم من
اشترى شيا لم يره فهو بالخيار اذا راه فبقي الخيار عند الروية مبقا على الاصل
وان كان المشتري لم يره وقت الشرا ولكن قد راه قبل ذلك نظر في ذلك ان
كان المبيع وقت الشرا على حاله التي كان عليها لم يتغير فلا خيار له لان الخيار
ثبت معدولا به عن الاصل بالنص الوارد في شرا ما لم يره وهذا اشترى شيا
قد راه فلا يثبت له الخيار وان كان قد تغير عن حاله فله الخيار لانه اذا تغير
عن حاله فقد صار شيا اخر فكان مشتريا شيا لم يره فله الخيار اذا راه ولو
اختلفا في التغير وعدمه فقال البايع لم يتغير وقال المشتري قد تغير
فالقول قول البايع لان الاصل عدم التغير والتغير عارض فكان البايع متمسكا
بالاصل والمشتري مدعيا امرا عارضا فكان القول قول البايع لكن مع يمينه
لان حق الرد امر يجري فيه البذل والاقرار فيجري فيه الاستحلاف ولان المشتري
بدعوى التغير يدعي حق الرد والبايع ينكر فكان القول قوله المنكر ولو اختلفا
فقال البايع للمشتري رايته وقت الشرا وقال المشتري لم اره فالقول
قول المشتري لان عدم الروية اصل والروية عارض فكان الظاهر شاهدا
للمشتري فكان القول قوله مع يمينه ولان البايع بدعوى الروية يدعي عليه الزام
العقد والمشتري ينكر فكان القول قوله ولو اراد المشتري الرد فاختلفا
فقال البايع ليس هذا الذي بعتك وقال المشتري هو ذاك بعينه فالقول
م انه بعينه صح — قوله وكذلك هذا في خيار الشرط بخلاف خيار العيب فان القول فيه قول
البايع ووجه الفرق ان المشتري في خيار الروية والشرط بقوله هذا
مالك لا يدعي ثبوت حق الرد عليه لان حق الرد ثابت له حتى يرد عليه من
غير قضا ولا رضا ولكن يدعي ان هذا هو الذي قبضه منه وكان اختلافهما
في الحقيقة راجعا الى المقبوض والاختلاف متى وقع في تعيين المقبوض كان
القول فيه قول القابض وان كان قبضه بغير حق كقبض الغصب ففي القبض
الحق اولى بخلاف العيب لان المشتري لا ينفرد بالرد في خيار العيب الا
ترى انه لا يملك الرد الا بقضا القاضي او التراضي فكان هو بقوله هذا مالك يعينه

مدعيا حق الرد في هذا المعين والبايع منكر ثبوت حق الرد فيه فكان
القول قوله هذا اذا كان المشتري بصيرًا فاما اذا كان اعمى فشرط ثبوت
الخيار له عدم الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف
فيما يوصف وقت الشرا لان هذه الاشيا في حقه بمنزلة الروية في حق البصير
فكان انعدامها شرطا لثبوت الخيار له فان وجد شي منه وقت الشرا فاشتراه
فلا خيار له وكذا اذا وجدت قبل القبض ثم قبض فلا خيار له لان وجود شي من
ذلك عند القبض في حقه بمنزلة وجود العقد عند الروية في حق البصير
بان راه قبل القبض ثم قبضه لان كل ذلك دلالة الرضا بلزوم العقد على ما
نذكره ان شا الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا راى المشتري كل المبيع وقت الشرا — رأى صح
فاما اذا راي بعضه دون البعض فجملة الكلام في جنس هذه المسايل ان
المبيع لا يخلوا اما ان يكون شيا واحدا واما ان يكون اشيا فان كان شيا واحدا
فراي بعضه لا يخلوا اما ان كان ماراه مقصودا وما لم يره تبعا واما ان كان
كل واحد منهما مقصودا بنفسه فان كان ما لم يره تبعا لما راه فلا خيار له
سوا كان روية ماراه يفيد العلم بحال ما لم يره فلا خيار له لان المقصود — او لا يفيد لان حكم
العلم بحال الباقي فكانه راي الكل وان كان لا يفيد له العلم بحال الباقي — التبع حكم الاصل فكان
فله الخيار لان المقصود لم يحصل بروية ماراي فكانه لم ير شيا منه اصلا — روية الاصل روية
فعلي هذا الاصل تخرج المسايل اذا اشترى عبدا او جارية فراي وجهه — التبع وان كان مقصودا
دون ساير اعضايه لا خيار له وان كانت روية الوجه لا تفيد له العلم — بنفسه ينظر في ذلك
بما لم يره لان الوجه اصل في الروية في بني ادم وساير الاعضا تبع له فيها — ان كان روية ماراى
ولو راي ساير اعضايه دون الوجه فله الخيار لان روية التبع لا تكون — يفيد له العلم بحال ما
روية الاصل فكانه لم ير شيا منه ولو اشترى فرسا او بغلا او حمارا او — لم يره صح
نحو ذلك فراي وجهه لا غير روى ابن سماعة عن محمد انه يسقط
خياره وسوى بينه وبين الرقيق وروي عن ابي يوسف ان له الخيار
ما لم ير وجهه وموخره وهو الصحيح لان الوجه والكفل كل واحد منهما
عضو مقصود في الروية في هذا الجنس فما لم يرهما فهو على خياره ولو
اشترى شاة فان كانت نعجة حلوبا اشتراها للقنية او اشترى بقرة
حلوبا او ناقة حلوبا اشتراها للقنية لا بد من النظر الي ضرعها وان اشترى
شاة للحم لا بد من الجس حتى لو راها من بعيد فهو على خياره لان اللحم مقصود
من شاة اللحم والضرع مقصود من الحلوب والروية من بعيد لا تفيد العلم

بهذين المقصودين والله اعلم واما البسط فان كان مما يختلف وجهه
وظهره فراي وجهه دون ظهره كالمعافر ونحوها لا خيار له ولو راي الظهر
دون الوجه فله الخيار كذا روي عن الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ولو اشترى
ثوبا واحدا فراي ظاهره مطويا ولم ينشره فان كان ساذجا ليس بمنقش
ولا بذي علم لا خيار له لان روية ظاهره مطويا يفيد العلم بالباقي وان كان
منقشا فهو على خياره ما لم ينشره ويري نقشه لان النقش في الثوب المنقش — او ذا علم صح
مقصود وان لم يكن منقشا ولكنه ذو علم فراي علمه فلا خيار له وان لم ير كله
ولو راي كله الا علمه فله الخيار لان العلم في الثوب المعلم مقصود كالنقش في
المنقش ولو اشترى دارا فراي خارجها او بستانا فراي خارجه ورووس
الاشجار فلا خيار له كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الدار شي واحد وكذا البستان
فكان روية البعض روية الكل الا ان مشايخنا قالوا ان هذا مأول وتاويله
ان لا يكون في داخل الدار بيوت وابنية فيحصل المقصود بروية الخارج فاما
اذا كان في داخلها ابنية فله الخيار ما لم ير داخلها لان الداخل هو المقصود
من الدار والخارج كالتابع له بمنزلة الثوب المعلم الا علمه كان على خياره لان العلم — اذا رأى كله صح
هو المقصود منه وذكر الكرخي ان ابا حنيفة رحمه الله اجاب على عادة اهل
الكوفة في زمنه فان دورهم في زمنه كانت لا تختلف في البنا وكانت على تقطيع
واحد وهيية واحدة وانما كانت تختلف في الصغر والكبر والعلم به
يحصل بروية الخارج واما الان فلا بد من روية داخل الدار وهو الصحيح
لاختلاف الابنية في داخل الدور في زماننا اختلافا فاحشا فروية الخارج لا
تفيد العلم بالداخل والله اعلم هذا اذا كان المشتري شيا واحدا فراي بعضه
فاما اذا كان اشيا فراي وقت الشرا بعضها دون البعض فلا يخلوا اما ان كان
من المكيلات او الموزونات فراي بعضها وقت الشرا فان كان في وعا
واحد فلا خيار له لان روية البعض فيها تفيد العلم بالباقي فكان روية
البعض كروية الكل الا اذا وجد الباقي بخلاف ماراي فيثبت له الخيار
لكن خيار العيب لا خيار الروية وان كان في وعايين فان كان الكل من جنس
واحد وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ له الخيار لان
اختلاف الوعايين جعلهما كجنسين وقال مشايخ العراق لا خيار له
وهو الصحيح لان روية البعض من هذا الجنس يفيد العلم بالباقي سوا كان
في وعا واحد او في وعايين بعد ان كان الكل من جنس واحد وعلى صفة

واحدة فان كان من جنسين او من جنس واحد على صفقتين فله الخيار بلا خلاف
لان روية البعض من جنس وعلى وصف لا يفيد العلم بجنس اخر او على وصف
اخر وان كان من العدديات المتفاوتة كالعبيد والدواب والثياب بان
اشترى جماعة عبيد او جواري او ابلا او بقرا او قطيع غنم او جراب هروي
فراى بعضها او كلها الا واحدا فله الخيار بين ان يرد الكل او يمسك الكل
لان روية البعض من هذا الجنس لا يفيد العلم بما وراه فكانه لم ير شيا
منه بخلاف المكيل والموزون لان روية البعض منه تفيد العلم بالباقي
ولو اشترى جماعة ثياب في جراب وراى اطراف الكل او طي الكل لا
خيار له الا اذا كانت معلمة او منقشة لانها اذا لم تكن معلمة ولا منقشة لم
يكن البعض من كل واحد منها مقصودا والبعض غير مقصود تبعا وروية
البعض تفيد العلم بحال الباقي فكان روية البعض روية الكل كما اذا
اشترى البطيخ في السريجة والرمان في القفة فراى البعض فله الخيار
فله الخيار لان البعض منها ليس تبعا للبعض بل كل واحد منها مقصود
بنفسه وروية البعض منها لا تفيد العلم بالباقي لكونها متفاوتة
تفاوتا فاحشا فكان له الخيار وان كان من العدديات المتقاربة كالجوز
والبيض فراى البعض منها ذكر الكرخي ان له الخيار والحقه بالعدديات
المتفاوتة لاختلافها في الصغر والكبر كالبطيخ والرمان وذكر القاضي الامام
الاسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا خيار له وهو الصحيح لان
التفاوت بين صغر الجوز والبيض وكبرهما متقارب ملحق بالعدم عرفا
وعادة وشرعا ولهذا الحق بالعدم في السلم حتى جاز السلم فيهما عددا عند
اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر فكان روية بعضه معرفا لحال الباقي
ويجوز ان يكون الجواب على ما ذكره الكرخي ويفرق بين هذا وبين السلم
وهو ان الجوز والبيض مما يتفاوت في الصغر والكبر حقيقة والاصل في الحقايق
اعتبارها الا ان الشرع اهدر هذا التفاوت والحقه بالعدم في السلم لحاجة
الناس ولا حاجة الى الاهدار في اسقاط الخيار فبقي التفاوت فيه معتبرا
بروية البعض لا يحصل المقصود وهو العلم بحال الباقي فيبقى الخيار والله اعلم
ولو اشترى دهنا في قارورة فراى خارج القارورة فعن محمد رحمه الله
روايتان روى ابن سماعة عنه انه لا خيار له لان الروية من الخارج تفيد
العلم بالداخل فكانه راه وهو خارج وروى عنه ان له الخيار لان العلم بما في

داخل

داخل القارورة لا يحصل بالروية من الخارج لان ما في الداخل يتلون بلون
القارورة فلا يحصل المقصود من هذه الروية وق لو اشترى اذا راى
المبيع في المراة ان له الخيار وكذا في الماء وق لو لانه لم ير عينه وانما راى
مثاله والصحيح انه راى عين المبيع لان عين المبيع في المراة والماء يراه حيث
هو لكن لا على الوجه المعتاد بخلق الله تعالى فيه الروية وهذا ليس ببعيد
لان المقابلة ليست من شرط الروية فانا نرى الله تعالى بلا مقابلة لكن قد
لا يحصل العلم بهيئته لتفاوت المراة فيعلم باصله لا بهيئاته فلذلك ثبت له
الخيار لا لما قالوا والله اعلم على ان في العرف لا يشتري الانسان شيا لم يره
ليراه في المراة او في الماء ولا يحصل له العلم به بهذا الطريق فلا يكون رويته
في المراة وان راى عينه مسقطة للخيار وعلى هذا قالوا فيمن راى فرج
ام امراته في المراة او في الماء فنظر اليه لشهوة لا تثبت حرمة المصاهرة
وكذا لا يصير مراجعا للمراة المطلقة طلاقا رجعيا لما قلنا ولو اشترى سمكا
في داير يمكن اخذه من غير اصطياد وحيلة حتى جاز البيع فراه في الماء
ثم اخذه قال بعضهم لا خيار له لانه راى عين السمك في الماء وقال بعضهم
له الخيار لانه ما راه كما هو لان الشي لا يرى في الماء كما هو بل يرى اكثر مما هو
فلم يحصل المقصود بهذه الروية وهو معرفته كما هو فله الخيار واما
بيان وقت ثبوت الخيار فوقت ثبوت الخيار هو وقت الروية لا قبلها
حتى لو اجاز قبل الروية ورضي به صريحا بان قال اجزت او رضيت او ما
يجري هذا المجرى ثم راه له ان يرده لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه اثبت الخيار للمشتري بعد الروية فلو ثبت له خيار الاجازة قبل
الروية واجاز لم يثبت له الخيار بعد الروية وهذا خلاف النص ولان
المعقود عليه قبل الروية مجهول الوصف والرضا بالشي قبل العلم به
والعلم بوجود سببه محال فكان ملحقا بالعدم واما الفسخ قبل الروية
فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لانه لا خيار قبل الروية ولهذا
لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لان
هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد
الاعارة والايداع وقد خرج الجواب عن قولهم انه لا خيار قبل الروية لان
ملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار وانما يثبت حكما لعدم الروية واما
بيان كيفية ثبوت الخيار فيه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ان

لعدم لزوم العقد صح

خيار الروية بعد الروية يثبت مطلقا في جميع العمر الي ان يوجد ما يبطله
فيبطل حينيذ والا فيبقي علي حاله ولا يتوقف بامكان الفسخ وهو اختيار
الكرخي لان سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبقي ما يقي
سببه وقال بعضهم انه يثبت موقتا الي غاية امكان الفسخ بعد الروية
حتي لو راه وامكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وان لم توجد الاسباب
المسقطة للخيار علي ما نذكرها لان من الاسباب المسقطة للخيار الرضي
والاجازة والامتناع من الفسخ بعد الامكان دليل الاجازة والرضا والله اعلم
واما بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا
يلزم فنقول وبالله التوفيق ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع
في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان صريح وما
يجري مجري الصريح ودلالة اما الصريح وما في معناه فنحو ان يقول
اجزت البيع او رضيت او اخترت او ما يجري هذا المجري سوا علم البايع
بالاجازة او لم يعلم لان الاصل في البيع المطلق هو اللزوم والامتناع لخلل في
الرضا فاذا اجاز ورضي فقد زال المانع فيلزم واما الدلالة فهو ان يوجد
من المشتري تصرف في المبيع بعد الروية يدل علي الاجازة والرضا نحو ما اذا
قبضه بعد الروية لان القبض بعد الروية دليل الرضا بلزوم البيع لان
للقبض شبها بالعقد فكان القبض بعد الروية كالعقد بعد الروية وذلك
دليل الرضا كذا هذا وسوا قبضه بنفسه او وكيله بالقبض بان قبضه الوكيل
بالقبض وهو ينظر اليه فكانت رويته كروية الموكل عند ابي حنيفة رحمه
الله وعند ابي يوسف ومحمد لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رويته
ولقب المسلة ان الوكيل بالقبض يملك اسقاط خيار الروية عنده وعندهما — م بالقبض لا يملك واجمعوا على ان الوكيل بالشراء يملك وكانت رؤيته رؤية الموكل واجمعوا على ان الرسول صح
لا يملك واجمعوا علي ان الرسول بالشرا لا يملك ولا تكون رويته روية
المرسل ويثبت الخيار للمرسل اذا لم يره وجه قولهما ان الوكيل
متصرف بحكم الامر والمتصرف بحكم الامر لا يتعدي مورد الامر
وهو وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملك اسقاطه ولهذا لا يملك اسقاط
خيار العيب ولا خيار الشرط وكذا الرسول لا يملك فكذا الوكيل ولابي حنيفة
رحمه الله انه وكيل بالقبض لكن بقبض تام لان الوكيل بالشي وكيل باتمام
ذلك الشي ولهذا كان الوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض وتمام القبض باسقاط
الخيار لان خيار الروية يمنع تمام القبض ولهذا لا يملك التفريق بعد

القبض

واما بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام ههنا يقع في موضعين
احدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرائط جواز
الفسخ اما الاول فنوعان اختياري وضروري فالاختياري
نحو قوله فسخت او نقضت او رددت وما هو في معناه والضروري
هلاك المعقود عليه قبل القبض واما شرائط جواز الفسخ فمنها
عدم سقوط الخيار لان البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن
احتمال الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ بلا خلاف بين اصحابنا
سوا كان بعد القضاء او قبله بخلاف خيار الشرط والروية
وهل يشترط له القضاء والرضاء ان كان قبل القبض لا يشترط له
قضاء القاضي ولا رضاء البايع وان كان بعد القبض يشترط له
القضاء او الرضاء وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم ومنها ان
لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البايع قبل التمام فان تضمن
لا يجوز الا ان يرضى به البايع لان تفريق الصفقة على البايع
قبل التمام اضرار به على ما نذكر والضرر واجب الدفع ما امكن
الا ان يرضى البايع لان الضرر المرضي به من جهة المتضرر
لا يجب دفعه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد المشتري المبيع معيبا
فاراد رد بعضه دون بعض قبل القبض وجملة الكلام فيه
ان البيع لا يخلوا اما ان يكون شيا واحدا حقيقة وتقديرا
كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون والمعدود
المتفاوت في وعاء واحد وصبرة واحدة واما ان يكون
اشياء متعدده كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل
والمعدود والموزون في وعاين او صبرتين وعلى شيين
ينتفع باحدهما فيما وضع له بدون الاخر واما ان يكون
شيين حقيقة وشيا واحدا تقديرا كالخفين والنعلين
والكعبين ومصراعي الباب وكل شيين لا ينتفع باحدهما

233

القبض لانه غير مقبوض وقد خرج الجواب عن قولهما انه وكيل بالقبض
لا بابطال الخيار لان الوكيل عنده لا يملك ابطال الخيار مقصودا لان الموكل
لا يملك ذلك فكيف يملكه الوكيل وانما يبطل في ضمن القبض بان قبضه
وهو ينظر اليه حتى لو قبضه مستورا ثم اراد ابطال الخيار لا يملك
والشي قد يثبت ضمنا لغيره وان كان لا يثبت مقصودا كعزل الوكيل
وغيره بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض الا ترى انه يملك التفريق
بعد القبض وكذا الرد بعد القبض بغير قضا لم يكن رفعا للعقد من
الاصل بخلاف الرد قبل القبض وبخلاف خيار الشرط لانه يثبت للاختيار
والقبض وسيلة الى الاختيار فلم يصلح القبض دليل الرضا وخيار الروية
انما يثبت لخلل في الرضا والقبض مع الروية دليل الرضا على الكمال فاوجب
بطلان البطلان الخيار وبخلاف الرسول بالقبض لانه نايب في
القبض عن المرسل فكان قبضه قبض المرسل فكان اتمام القبض
الى المرسل واما الوكيل فاصل في نفس القبض وانما الواقع للموكل حكم
فعله فكان الاتمام الى الوكيل وكذا اذا تصرف فيه تصرف الملاك
بان كان ثوبا فقطعه او صبغه احمر او اصفر او سويقا لت بسمن او
عسل او ارضا فبنى عليها او غرس او زرع او جارية فوطيها او لمسها لشهوة
او نظر الى فرجها عن شهوة او دابة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك
لان الاقدام على هذه التصرفات دلالة الاجازة والرضا بلزوم البيع والملك
به اذ لو لم يكن ثمة فسخ لتبين انه تصرف في ملك الغير من
كل وجه او من وجه وانه حرام فجعل ذلك اجازة منه صيانة
عن ارتكاب الحرام وكذا اذا عرضه على البيع باع او لم يبع لانه لما عرضه
على البيع فقد قصد اثبات الملك اللازم للمشتري ومن ضرورته
لزوم الملك له لتمكنه اثباته لغيره ولو عرض بعضه على البيع يسقط
خياره عند ابي يوسف وعند محمد لا يسقط والصحيح قول ابي
يوسف لان سقوط الخيار ولزوم البيع بالعرض لكون العرض دلالة
الاجازة والرضا ودلالة الاجازة دون صريح الاجازة ثم لو صرح بالاجازة
في البعض لم تجز ولم يسقط خياره لما فيه من تفريق الصفقة على
البايع قبل التمام فلان لا يسقط بدلالة الاجازة اولى وكذا لو وهبه
وسلم او لم يسلم لان الثابت بالهبة لا يعود اليه الا بقرينة القضا والرضا

قبض

وكان الاقدام عليها دلالة قصد اثبات الملك اللازم فيقتضي لزوم الملك
للواهب وكذا اذا رهنه وسلم او اجره لان كل واحد منها عقد لازم في
نفسه والثابت بها حق لازم للغير وكذا اذا كاتبه لان الكتابة عقد لازم
في جانب المكاتب والثابت بها حق لازم في حقه وكذا اذا باعه او وهبه
وسلم او اعتقه او دبره او استولدها لان هذه تصرفات لازمة والثابت بها
ملك لازم او حق لازم فالاقدام عليها يكون اجازة والتزاما للعقد دلالة
ولو باع بشرط الخيار لنفسه لا يسقط خياره في رواية وفي رواية يسقط (ولو باع بشرط الخيار للمشتري يسقط خياره صح)
وهي الصحيحة لان البيع بشرط الخيار لا يكون ادنى من العرض على البيع
بل فوقه ثم العرض على البيع يسقط الخيار فهذا اولى وكذا لو اخرج بعضه
عن ملكه سقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه لان رد الباقي تفريق
الصفقة على البائع قبل التمام لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لانه يمنع
تمام الرضا وكذا اذا انتقص المعقود عليه بفعله واما الضروري
فهو كل ما يسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعه نحو موت المشتري
عندنا خلافا للشافعي والمسألة مرت في خيار الشرط وكذا اجازة احد
الشريكين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه عند ابي حنيفة وقد
ذكرنا المسألة في خيار العيب وكذا اذا هلك بعضه او انتقص بان تعيب
بآفة سماوية او بفعل اجنبي او بفعل البائع عند ابي حنيفة ومحمد او ازداد في
يد المشتري زيادة منفصلة او متصلة متولدة او غير متولدة على التفصيل
والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب والاصل ان كل ما
يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية الا ان خيار الشرط والعيب
يسقط بصريح الاسقاط وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الاسقاط لا قبل
الرؤية ولا بعدها اما قبلها فلما ذكرنا فيما تقدم انه لا خيار قبل الرؤية لان
اوان ثبوت الخيار هو اوان الرؤية فقبل الرؤية لا خيار واسقاط الشيء
قبل ثبوته وثبوت سببه محال واما بعد الرؤية فلان الخيار ما ثبت
باشتراط العاقدين لان ركن العقد مطلق عن الشرط نصا ودلالة وانما
ثبت شرعا لحكمة فيه فكان ثابتا حقا لله تعالى فاما خيار الشرط
والعيب فثبت باشتراط العاقدين اما خيار الشرط فظاهر لانه منصوص
عليه في العقد واما خيار العيب فلان السلامة مشروطة في العقد دلالة والثابت
بدلالة النص كالثابت بصريح النص فكان ثابتا حقا للعبد وما ثبت حقا

للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصودا لان الانسان يملك التصرف في
حق نفسه مقصودا استيفاء واسقاطا فاما ما ثبت حقا لله تعالى فالعبد
لا يملك التصرف فيه اسقاطا مقصودا لانه لا يملك التصرف في حق
غيره مقصودا لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بان يتصرف في حق
نفسه مقصودا ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع في
ضمن التصرف في حق نفسه كما اذا اجاز المشتري البيع ورضي به بعد
الرؤية نصا او دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والاجازة لانه
وان ثبت حقا للشرع لكن الشرع اثبته نظرا للعبد حتى اذا راه وصلح
له اجازه وان لم يصلح له رده اذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة
فكان المشتري بالاجازة والرضا متصرفا في حق نفسه مقصودا ثم من
ضرورة الاجازة لزوم العقد ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار
فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالاسقاط مقصودا ويجوز ان
يثبت الشيء بطريق الضرورة وان كان لا يكاد يثبت مقصودا كالوكيل
بالبيع اذا عزله الموكل ولم يعلم به فانه لا ينعزل ولو باع الموكل ينعزل (بنفسه صح)
الوكيل فكذا ههنا ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية او عرضه على البيع
او وهبه ولم يسلم او كان المشترى دارا فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة
فهو على خياره لان هذه التصرفات دلالة الرضا وهذا الخيار قبل الرؤية
لا يسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا اولى وانما يسقط بتعذر الفسخ بان (ان لا يسقط صح)
اعتق او دبر او باع او اجر او رهن وسلم اما الاعتاق والتدبير فلان
كل واحد منهما وقع صحيحا لمصادفته محلا مملوكا وكل واحد منهما تصرف
لازم لا يحتمل النقض والفسخ فيتعذر فسخ البيع لتعذر فسخهما واما
البيع والاجارة والرهن فلانها تصرفات لازمة اوجبت ملكا لازما
او حقا لازما للغير على وجه لا يملك الاسترداد فيتعذر الفسخ وتعذر
فسخ العقد يوجب لزومه لان الفسخ اذا تعذر لم يكن في بقاء العقد
فائدة فيسقط ضرورة ولو باع او رهن او اجر ثم رد عليه بعيب
بقضاء القاضي او افتك الرهن او انقضت مدة الاجارة لا يعود الخيار
كذا روي عن ابي يوسف لان خيار الرؤية بعد ما سقط لا يعود الا بسبب
جديد بخلاف خيار العيب وعلى هذا اذا كاتبه او وهبه وسلمه او باعه
بشرط الخيار للمشتري قبل الرؤية يلزم البيع لان هذه عقود لازمة

اوجبت حقوقا لازمة اما الكتابة فلانها عقد لازم في حق المكاتب
حتى لا يملك الفسخ من غير رضى المكاتب وكذلك البيع بشرط خيار
المشتري لانه لازم من جانب البايع واما الهبة فلان الملك الثابت
بها ملك لا يحتمل العود اليه الا بقضا او رضا فكان في معنى اللازم واذا
تعذر الفسخ بسبب هذه التصرفات وتعذر الفسخ يوجب اللزوم
ويسقط الخيار ضرورة عدم الفايدة بخلاف ما اذا باع بشرط
الخيار له لانه ليس بتصرف لازم في حقه وكذا الهبة من غير تسليم والعرض
على البيع والله اعلم ثم ما ذكرنا من سقوط الخيار ولزوم البيع برضى
المشتري اذا راى كل المبيع ورضي به فاما اذا راى بعضه دون
بعض فهل يسقط خياره فتفصيل الكلام فيه على الوجه الذي
ذكرنا فيما اذا راى بعض المبيع دون بعض وقت الشرا فكل ما يمنع ثبوت
الخيار هناك يسقط بعد ثبوته ها هنا وما لا فلا وفيما وراء ذلك لا يختلفان
والله اعلم وعلى ذلك تخرج ما اذا اشترى مغيبا في الارض كالجزر والبصل بيع المغيب في الارض
والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات في الارض فقلع بعضه ورضي
بالمقلوع انه لا يسقط خياره عند ابي حنيفة رحمه الله حتى انه اذا قلع الباقي
كان على خياره ان شا رد الكل وان شا امسك الكل وقال ابو يوسف
ومحمد اذا قلع شيا يستدل به على الباقي في عظمه ورضي به فهو لازم له م المشتري صح
وجه قولهما انه اذا قلع شيا يستدل به على الباقي كان رويته بعضه
كرويته كله فكانه قلع الكل ورضي به كما اذا اشترى صبرة فراى ظاهرها
يسقط خياره كذا هذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان هذه المغيبات مما
تختلف في الصغر والكبر والجودة والرداة اختلافا فاحشا فروية البعض
منها لا تفيد العلم بحال البقية فاشبه الثياب وساير العدديات المتفاوتة
ولو قلع المشتري الكل بغير اذن البايع سقط خياره لانه نقص المعقود عليه
بالقلع لانه كان ينمو في الارض ويزيد ولا يتسارع اليه الفساد وبعد
القلع لا ينمو ويتسارع اليه الفساد وانتقاص المعقود عليه في يد المشتري
بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه اولى وكذا اذا قلع بعضه
بغير اذنه لانه نقص بعض المبيع وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي
فبصنعه اولى وان قلع كله باذن البايع او بعضه او قلع البايع بنفسه لم يذكر
الكرخي هذا الفصل وينبغي ان لا يختلف الجواب فيه على قياس قول ابي حنيفة

ومحمد رحمهما الله كما في البيع بشرط الخيار للمشتري اذا انتقص المبيع بفعل
البايع انه يسقط خيار المشتري عندهما وهو قول ابي يوسف الاول
وفي قوله الاخر لا يسقط وروى بشر عن ابي يوسف ان المشتري اذا
قلع البعض باذن البايع او قلع البايع بعضه انه ينظر ان كان مما يباع بالكيل المغيب صح
او الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل او الوزن ورضي به يلزم
البيع ويسقط خياره لان الرضا ببعض المكيل بعد رويته رضي بالكل
لان روية بعضه تعرف حال الباقي الا اذا كان المقلوع قليلا لا يدخل
تحت الكيل فلا يسقط خياره بقلعه لان قلعه والترك بمنزلة واحدة فكانه
لم يقلع منه شيا وان كان مما يباع عددا كالسلق والفجل ونحوهما فقلع
بعضا منه فهو على خياره لان روية البعض منه لا تفيد العلم بحال الباقي
للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود بروية
البعض فيبقى على خياره وقال ابو يوسف اذا اختلف البايع والمشتري
في القلع فقال المشتري اخاف لو قلعته لا يصلح لي ولا اقدر على الرد وقال ابي ح
البايع اني اخاف لو قلعته لا يرضى به فمن تطوع منهما بالقلع جاز وان
تشاحا على ذلك فسخ القاضي العقد بينهما لانهما اذا تشاحا فلا سبيل الى الاجبار
لما في الاجبار من الاضرار فتعذر التسليم فلم يكن في بقا العقد فايدة فيفسخ
والله اعلم هذا الذي ذكرنا بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته في
حق البصير فاما الاعمى اذا اشترى شيا وثبت له الخيار فان خياره
يسقط بما ذكرنا من الاسباب المسقطة لكن بعد ما وجد منه ما يقوم مقام
الروية وهو الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف
فيما يوصف كالدار والعقار والثمار على روس الاشجار ونحوها اذا كان
الموصوف على ما وصف وكان ذلك في حقه بمنزلة الروية في حق الروية
البصير وروى عن الحسن بن زياد انه قال يوكل بصيرا بالروية وتكون
روية الوكيل قايمة مقام رويته وروى هشام عن محمد انه يقوم من المبيع في موضع صح
لو كان بصيرا لراه ثم يوصف له لان هذا اقصى ما يمكن ولو وصف له فرضي
ثم ابصر لا يعود الخيار لان الوصف في حقه كالخلف عن الروية لعجزه عن
الاصل وهو الروية والقدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل
حكم الخلف كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الما ونحو ذلك ولو اشترى
البصير شيا لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمي فهو والاعمى عند الشرا سوا

لانه ثبت له خيار الروية وهو اعمى فكانت رويته روية العميان وهي ما
ذكرنا والله اعلم واما بيان ما ينفسخ به العقد والثاني في بيان شرايط صحة
الفسخ اما الاول فما ينفسخ به العقد نوعان اختياري وضروري فالاختياري
هو ان يقول فسخت العقد او نقضته او رددته وما يجري هذا المجرى
والضروري ان يهلك المبيع قبل القبض واما شرايط صحته فمنها قيام الخيار
لان الخيار اذا سقط لزم العقد والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ ومنها ان لا
يتضمن الفسخ تفريق الصفقة علي البايع وان تضمن بان رد بعض المبيع دون
البعض لم يصح وكذا اذا رد البعض واجاز البيع في البعض لم يجز سوا كان
قبل قبض المعقود عليه او بعد قبضه لان خيار الروية يمنع تمام الصفقة فكان هذا
تفريق الصفقة على البايع قبل تمامها وانه باطل ومنها علم البايع
بالفسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف ليس بشرط
وقد ذكرنا دلايل المسلة في خيار الشرط واما قضا القاضي او التراضي فليس
بشرط لصحة الفسخ لخيار الروية كما لا يشترط لصحة الفسخ لخيار الشرط
فيصح من غير قضا ولا رضي قبل القبض وبعده بخلاف العيب وقد ذكرنا
الفرق فيما تقدم والله الموفق واما البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط
من شرايط الصحة وقد ذكرنا شرايط الصحة في مواضعها واما حكمه
فالكلام في حكمه يقع في ثلاثة مواضع احدها في بيان اصل الحكم والثاني
في بيان صفته والثالث في بيان شرايطه اما اصل الحكم فهو ثبوت
الملك في الجملة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد
فالبيع عنده قسمان جايز وباطل لا ثالث لهما والفاسد والباطل سوا
وعندنا الفاسد قسم اخر ورا الجايز والباطل وهذا على مثال ما نقول
في اقسام المشروعات ان الفرض والواجب سوا وعندنا هما قسمان
حقيقة علي ما عرف في اصول الفقه وجه قوله ان هذا بيع منهي عنه
فلا يفيد الملك قياسا علي بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ودلالة الوصف
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين
ولا الصاع بالصاعين وروي انه نهي عن بيع وشرط وروي انه قال
لعتاب بن اسيد حين بعثه الي مكة انههم عن اربع عن بيع ما لم يقبضوا
وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرطين في بيع او عن بيع وسلف وروي انه قال
لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سوا بسوا ونحو ذلك والمنهي عنه يكون حراما والحرام

م فالكلام في هذا الفصل في موضعين احدهما في بيان ما ينفسخ به العقد صح

الصفقة صح

خيار

بيع الفاسد

لا يصلح

لا يصلح سببا لثبوت الملك لان الملك نعمة ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة
والدم فكذا هذا ولنا ان هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالا
بساير البياعات المشروعة والدليل علي انه بيع ان البيع في اللغة مبادلة شي
مرغوب بشي مرغوب مالا كان او غير مال قال الله تعالى اوليك الذين اشتروا
الضلالة بالهدى سمي مبادلة الضلالة بالهدى اشترا وتجارة فقال فما
ربحت تجارتهم والتجارة مبادلة المال بالمال قال الله تعالى ان الله اشترى
من المؤمنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة سمي مبادلة الانفس والاموال
بالجنة اشترا وبيعا حيث قال في اخر الاية فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم
به وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان
بيعا والدليل علي انه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع من نحو
قوله تعالى واحل الله البيع وقوله يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالبا
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب
عاما مطلقا من ادعي التخصيص والتقييد فعليه الدليل ولنا الاستدلال
بدلالة الاجماع ايضا وهو انا اجمعنا علي ان البيع الخالي عن الشروط الفاسدة
مشروع ومفيد للملك وقران هذه الشروط بالبيع ذكرا لم يصح فالتحق
ذكرها بالعدم اذ الموجود الملحق بالعدم شرعا والعدم الاصلي سوا واذا التحق
بالعدم بقي نفس البيع خاليا عن المفسد والبيع الخالي عن المفسد مشروع
ومفيد للملك بالاجماع وهذا استدلال قوي واما النهي فالجواب عن
المتعلق به ان هذا نهي عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة احدها
ان شرعية اصل البيع وحسنه ثبت معقول المعني وهو انه سبب لثبوت
الاختصاص واندفاع المنازعة وانه سبب بقا العالم الي حين اذ لا قوام
للبشر الا بالاكل والشرب والكن واللباس ولا سبيل الي استيفا النفس
بذلك الا بالاختصاص به واندفاع المنازعة وذلك بسبب الاختصاص واندفاع
المنازعة وهو البيع ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه او حسن اصله
بالعقل لانه يودي الي التناقض ولهذا لم يجز النهي عن الايمان بالله تعالى
وشكر النعم واصل العبادات لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهي المضاف
الي البيع علي غيره ضرورة والثاني انه سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة
لكن حمله علي الغير هاهنا اولى منه وجهين احدهما انه عمل بالدلايل بقدر
الامكان والثاني ان في الحمل علي البيع نسخ المشروعية وفي الحمل علي غيره ترك

م والحرام لا يصلح سببا لاستحقاق النعمة

236

طل

سد النهي

العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك ان الحمل على المجاز اولى من الحمل على
التناسخ لان الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام ونسخ المشروعية نسخ الحكم
والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ونسخ الوسيلة اولى من نسخ المقصود
والله اعلم واما صفة هذا الحكم فنقول له صفات منها انه ملك غير
لازم بل هو مستحق الفسخ فيقع الكلام في هذه الصفة في مواضع في بيان ان
الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ وفي بيان من يملك الفسخ وفي بيان ما يكون
فسخا وفي بيان شرط صحة الفسخ وفي بيان ما يبطل به حق الفسخ بعد ثبوته
اما بيان ان الثابت بهذا البيع واجب الفسخ فهو ان البيع وان كان مشروعا
في ذاته فالفساد يقترن به ذكرا ورفع الفساد واجب ولا يمكن الا بفسخ
العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه حتى لو امكن رفع الفساد بدون
فسخ البيع لا يفسخ كما اذا كان الفساد لجهالة الاجل فاسقطاه يسقط ويبقى
البيع مشروعا كما كان لان اشتراط الربا وشرط خيار مجهول وادخال
الاجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصية والزجر عن المعصية واجب
واستحقاق الفسخ يصلح زاجرا له عن المعصية لانه اذا علم انه يفسخ فالظاهر
انه يمتنع عن المباشرة واما بيان من يملك الفسخ فنقول وبالله التوفيق
الفساد لا يخلو اما ان كان راجعا الى البدل بان باع بالخمر والخنزير واما
ان لم يكن راجعا اليه كالبيع بشرط منفعة زايدة لاحد العاقدين او الى اجل
مجهول والحال لا يخلو اما ان كان قبل القبض واما ان كان بعده فان كان
قبل القبض فكل واحد من العاقدين يملك الفسخ من غير رضى الاخر كيف ما
كان الفساد لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان الفسخ قبل
القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والايجاب فيملكه كل واحد منهما كالفسخ
بخيار شرط العاقدين وان كان بعد القبض فان كان الفساد راجعا
الى البدل فالجواب فيه وفيما قبل القبض سوا لان الفساد الراجع الى البدل
فساد في صلب العقد الا يرى انه لا يمكن تصحيحه بحذف هذا المفسد
لما لا قوام للعقد الا بالبدلين فكان الفساد قويا فيوثر في صلب العقد بسلب
اللزوم عنه فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعا ولو لم يكن راجعا الى البدل
فقد ذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي ان
ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافا لان الفساد الذي
لا يرجع الى البدل لا يكون قويا لكونه محتملا للحذف والاسقاط فيظهر

م انه صح

في

في حق صاحب الشرط لا غير ويوثر في سلب اللزوم في حقه لا في حق صاحبه
وذكر الكرخي الاختلاف في المسلة فقال على قول ابي حنيفة وابي يوسف
يملك كل واحد منهما الفسخ وعلى قول محمد حق الفسخ لمن له شرط المنفعة
لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا ان من له شرط المنفعة قادر على تصحيح
العقد بحذف المفسد واسقاطه فلو فسخه الاخر لابطل حقه عليه وهذا
لا يجوز وجه قولهما ان العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد بل
هو مستحق الفسخ في نفسه رفعا للفساد وقوله المفسد ممكن الحذف نعم
لكنه الى ان يحذف فهو قايم وقيامه يمنع لزوم العقد وبه تبين ان
الفسخ من صاحبه ليس بابطال لحق صاحب الشرط لان ابطال الحق
قبل ثبوته محال واما بيان ما يكون فسخا لهذا العقد ففسخه بطريقين قول
وفعل فالقول هو ان يقول من يملك الفسخ فسخت او نقضت او رددت ونحو
ذلك فينفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج الى قضا القاضي ولا الى رضى البايع
سوا كان قبل القبض او بعده لان هذا البيع انما استحق الفسخ حقا لله
تعالى لما في الفسخ من رفع الفساد ورفع الفساد حق الله تعالى على
الخلوص فيظهر في حق الكل فكان فسخا في حق الناس كافة فلا تقف
صحته على القضا ولا على الرضا والفعل هو ان يرد المبيع على بايعه على اي
وجه ما رده ببيع او هبة او صدقة او اعارة او ايداع بان باعه منه او
رهنه او تصدق عليه او اعاره منه او اودعه اياه حتى يبرا المشتري عن الضمان
لانه يستحق الرد على البايع فعلى اي وجه ما رده يقع عن جهة الاستحقاق
بمنزلة رد العارية والوديعة انه يكون فسخا للعارية والوديعة باي طريق
كان الرد لما قلنا كذا هذا وكذا لو باعه المشتري من وكيل البايع وسلمه
اليه لان حكم البيع يقع لموكله وهو البايع فكانه باعه للبايع ولو باعه
المشتري من عبد بايعه وهو ماذون له في التجارة فان لم يكن عليه دين
كان فسخا للبيع ولا يبرا عن المشتري ضمانه حتى يصل الى البايع لانه اذا لم
يكن عليه دين فحكم تصرفه وقع للمولى فكان بيعا من المولى فصار كما
اذا باعه من اجنبي ولو اشترى من عبد ماذون لانسان شيا منه شرا
فاسدا وقبضه ثم انه باعه من مولاه فان لم يكن على العبد دين كان فسخا
للبيع لانه يكون مشتريا من المولى كانه اشتراه من مولاه ثم باعه منه وان كان
عليه دين لم يكن فسخا لانه يكون مشتريا منه لا من مولاه فكانه اشترى من

م فالقول صح

م وان كان عليه دين لا يكون فسخا للبيع ويبرى الضمان على المشتري لانه اذا كان عليه دين فحكم تصرفه لا يقع للمولى فلم يكن ذلك بيعا من المولى صح

اجنبي وباعه من مولاه ولو باعه المشتري من مضارب البايع لم يكن فسخا
للبيع وتقرر الضمان علي المشتري بخلاف ما اذا باعه من وكيل بايعه بالشرا
انه يكون فسخا ووجه الفرق ان الوكيل بالشرا يتصرف لموكله لا لنفسه
الا تري ان حكم تصرفه يقع لموكله لا له فينزل منزلة البيع من الموكل وذلك
فسخ فاما المضارب فمتصرف لنفسه الا تري ان الربح مشترك بينهما فكان بمنزلة
الاجنبي ولو كان البايع وكيلا لغيره بالشرا فاشتري المشتري شرا فاسدا للموكله
لم يكن فسخا للبيع لان حكم الشرا يقع ~~يقع~~ لموكله لا له ووجب عليه الثمن للمشتري
وتقرر علي المشتري ضمان القيمة ويلتقيان قصاصا لعدم الفايدة في الاستيفا
وبترادان الفضل ان كان في احدهما فضل والله اعلم واما شرط صحة الفسخ
فهو ان يكون الفسخ بمحضر من صاحبه ذكره الكرخي ولم يذكر الاختلاف
فيه وذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي
ان هذا شرط عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ليس بشرط وجعله
علي الاختلاف في خيار الشرط والروية وقد ذكرنا الاختلاف المسئلة فيما تقدم
واما بيان ما يبطل به حق الفسخ ويلزم البيع ويتقرر الضمان وما لا يبطل
ولا يلزم ولا يتقرر فنقول وبالله التوفيق الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل
بصريح الابطال والاسقاط بان يقول ابطلت او اسقطت او اوجبت
البيع او الزمته لان وجوب الفسخ عنه ثبت حقا لله تعالى رفعا للفساد وما
ثبت حقا لله تعالى خالصا لا يقدر العبد علي اسقاطه مقصودا كخيار الروية
لكن قد يسقط بطريق الضرورة او بفوات محل الفسخ او غير ذلك وبيان م بان يتصرف العبد في حق نفسه مقصودا فيتضمن ذلك سقوط حق الله تعالى بطريق الضرورة صح
ذلك في مسايل المشتري شرا فاسدا اذا باع المشترا او وهبه او تصدق
به بطل حق الفسخ وعلي المشتري القيمة او المثل لانه تصرف في محل مملوك
له فينفذ تصرفه ولا سبيل للبايع علي نقضه لانه حصل عن تسليط منه
ويطيب للمشتري الثاني لانه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول انه
لا يطيب له لانه ملكه بعقد فاسد فرق بين هذا وبينما اذا دخل مسلم دار
الحرب بامان واخذ شيا من اموالهم بغير اذنهم واخرجه الي دار الاسلام ثم باعه
انه يصح بيعه لكنه لا يطيب للمشتري كما لا يطيب للاخذ ووجه الفرق
ان عدم الطيب في الماخوذ من الحربي بغير اذنه لكونه ماخوذا علي وجه الغدر
والخيانة والماخوذ علي الوجه واجب الرد علي صاحبه ردا للخيانة وبالبيع لم يخرج هذا
من استحقاق الرد علي مالكه بحصوله لا بتسليط من جهته فبقي واجب الرد كما كان

وهذا

238

وهذا يمنع الطيب بخلاف البيع الفاسد لان انعدام الطيب ها هنا لقران
الفاسد به ذكرنا لا حقيقة ولم يوجد ذلك في البيع الثاني وخرج من ان يكون
مستحق الرد علي البايع لحصول البيع من المشتري بتسليطه والله اعلم
ولو باعه فرد عليه بخيار شرط او روية او عيب بقضا قاض وعاد علي
حكم الملك الاول عاد حق الفسخ لان الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان
رفعا للعقد من الاصل وجعلا له كان لم يكن ولو اشتراه ثانيا او عاد اليه
بسبب مبتدا لا يعود الفسخ لان الملك اختلف لاختلاف السبب فكان اختلاف
الملكين بمنزلة اختلاف العينين ولو اعتقه المشتري او دبره بطل حق
الفسخ لما قلنا ولان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل
الفسخ بعد صحته فيوجب بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة وكذلك
لو استولدها لما قلنا وتصير الجارية ام ولد للمشتري لان الاستيلاد قد صح
لحصوله في ملكه وعلي المشتري قيمة الجارية لتعذر الرد بالاستيلاد فصار
كما اذا هلكت في يده وهل يغرم العقر ذكر في البيوع انه لا يغرم وفي الشرب
روايتان والصحيح انه لا يضمن العقر لانه وطي ملك نفسه وقد تقرر
ملكه بالاستيلاد لتعذر الرد ولو وطيها المشتري ولم يعلقها لا يبطل حق
الفسخ وللبايع ان يسترد الجارية مع عقرها باتفاق الروايات فرق
بين هذا وبين الجارية الموهوبة اذا وطيها الموهوب له ولم يعلقها ثم رجع
الواهب في هبته واخذ الجارية ان الموهوب له لا يضمن العقر ووجه
الفرق ان الثابت بالهبة ملك محلل للوطي وبالرجوع لم يتبين ان حل
الوطي لم يكن وكان مستمتعا بملك نفسه فلا عقر عليه بخلاف البيع الفاسد
لان الملك الثابت به لا يظهر في حق حل الوطي وكان الوطي حراما الا انه
سقط الحد للشبهة فوجب العقر وكذلك لو كاتبه لان الكتابة قد
صحت لوجودها في الملك ولا سبيل للبايع الي نقضها لحصولها من المشتري
بتسليط البايع فلا يكون له حق النقض عليه وعلي المشتري قيمة العبد
فان ادي بدل الكتابة وعتق تقرر علي المشتري ضمان القيمة وان عجز
ورد في الرق م قبل القضا بالقيمة علي المشتري فللبايع ان يسترده لانه كان
يستحق الرد قبل الكتابة لعدم زوال الملك الا انه امتنع الرد لعارض الكتابة
فان عجز ورد في الرق قبل القضا بالقيمة فقد زال العارض والتحق بالعدم كانه
لم يكن فعاد مستحق الرد علي المشتري كما كان وان كان بعد ما قضي عليه

م ينظر ان كان ذلك صح

بالقيمة لا سبيل للبايع على العبد لانه بالقضا بالقيمة تقرر ملك المشتري في
العبد ولزم من وقته وجوده فيعود اليه لازما والملك اللازم لا يحتمل
الفسخ والله الموفق وكذلك لو رهنه المشتري بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد
لما ذكرنا ولو امكنه المشتري فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الكتابة ولو اجره
صحت الاجارة لما قلنا ولكن لا يبطل حق الفسخ عقد الا زما الا انها تفسخ (لان الاجارة وان كانت صح)
بالعذر ولا عذر اقوى من رفع الفساد فيفسخ به وسلمت الاجرة للمشتري
لان الاجارة المنافع على اصل اصحابنا لا تتقوم الا بالعقد والعقد
وجد من المشتري فكانت الاجرة له وهل تطيب له ينظر ان كان
قد ادى ضمان القيمة ثم اجر طابت الاجرة له لان الضمان بدل المضمون قائم
مقامه فكانت الاجرة ربح ما قد ضمن وان اجر ثم ادى الضمان لا تطيب له
لانها ربح ما لم يضمن ولو اوصى به صحت الوصية لما قلنا ثم ان كان الموصي
حيا بعد فللبايع حق الاسترداد لان الوصية تصرف غير لازم حال
حياة الموصي بل محتمل وان مات بطل حقه لان الثابت للموصى له ملك
جديد بخلاف الثابت للوارث بان مات المشتري شرا فاسدا انه لا
يبطل حق الفسخ وللبايع ان يسترد من ورثته وكذا اذا مات البايع
فلورثته ولاية الاسترداد لان الثابت للوارث عين ما كان للمورث وانما هو
خلفه قايم مقامه ولهذا يرد الوارث بالعيب ويرد عليه وملك المورث
مضمون بالرد مستحق الفسخ بخلاف الموصى له فان الثابت ملك جديد
حصل بسبب جديد ولهذا لم يرد بالعيب ولا يرد عليه وانه لم يكن
مستحق ولو ازداد المبيع في يد المشتري فان كانت الزيادة متصلة متولدة (الفسخ صح)
من الاصل كالسمن والجمال فانها لا تمنع الفسخ لان هذه الزيادة تابعة
للاصل حقيقة والاصل مضمون الرد فكذلك التبع كما في الغصب وان كانت
غير متولدة من الاصل كما اذا كان المبيع سويقا فلته المشتري بعسل
او سمن فانها تمنع الفسخ لانه ان فسخ ان يفسخ على الاصل وحده واما ان (اما صح)
يفسخ على الاصل والزيادة جميعا لا سبيل الى الاول لتعذر الفصل ولا
الى الثاني لان الزيادة لم تدخل تحت البيع لا اصلا ولا تبعا فلا تدخل تحت
الفسخ وان كانت منفصلة فان كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن
والثمر لا يمنع الفسخ وللبايع ان يسترد الاصل مع الزيادة لان هذه الزيادة
تابعة للاصل لكونها متولدة منه والاصل مضمون الرد فكذلك الزيادة كما في

باب

الغصب وكذا لو كانت الزيادة ارشا او عقرا لان الارش بدل جزء فات
من الاصل حقيقة كالمتولد من الاصل والعقر بدل ما له حكم الجزء والعين
فكانه متولد من العين ثم في فصل الولد اذا كانت الجارية في يد المشتري
فان نقصتها الولادة وبالولد وفا بالنقصان ينجبر النقصان بالولد عند
اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر كما في الغصب ونذكر المسألة في كتاب
الغصب ان شا الله تعالى وان لم تنقصها الولادة استردها البايع
ولا شي على البايع وان نقصها الولادة وليس بالولد وفا بالنقصان ردها
مع ضمان النقصان كما في الغصب وعليه ضمان نقصان الولادة كما في
الغصب ولو استهلك المشتري الزيادة ضمن كما في الغصب ولو هلك
المبيع والزيادة قايمة فللبايع ان يسترد الزيادة ويضمنه قيمة المبيع وقت
القبض لانهما كانا مضمون الرد الا انه تعذر استرداد المبيع لفوات المحل
فصار مضمون القيمة فبقي الولد على حاله مضمون الرد كما كان وان كانت الزيادة
غير متولدة من الاصل كالهبة والصدقة والكسب فانها لا تمنع الرد وللبايع ان
يسترد الاصل مع الزيادة كما كان وان كانت الزيادة غير متولدة كالكسب
لان الاصل مضمون الرد وبالرد ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان الزيادة
حصلت على ملكه الا انها لا تطيب له لانها لم تحدث في ضمانه بل في ضمان المشتري
فكانت في معنى ربح ما لم يضمن ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري لا
ضمان عليه لان المبيع بيعا فاسدا مضمون بالقبض والقبض لم يرد على
الزيادة لا اصلا ولا تبعا اما اصلا فلانعدامها عند القبض واما تبعا فلانها
ليست بتابعة حقيقة بل هي اصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب
الاصل وان استهلكها المشتري فكذلك عند ابي حنيفة لا ضمان عليه وعندهما
يضمن واصل المسألة في الغصب انه اذا استهلك الغاصب هذه الزيادة هل
يضمن عنده لا يضمن وعندهما يضمن ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قايمة
في يد المشتري تقرر عليه ضمان قيمة المبيع والزيادة للمشتري بتقرر
ضمان القيمة بخلاف المتولد كما في الغصب والفرق بين الزيادتين نذكر
في الغصب ان شا الله تعالى هذا اذا زاد المبيع في يد المشتري شرا فاسدا
فاما اذا انتقص في يده فان كان النقصان بافة سماوية فانه لا يمنع الاسترداد
وللبايع ان ياخذه مع ارش النقصان لان البيع بيعا فاسدا يضمن بالقبض
كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع اجزايه فصار مضمونا بجميع اجزايه

وان هلك الولد قبل الرد لاضمان على المشتري كما في الغصب صح

فبقي الولد على حاله

ونذكر المسألة في كتاب الغصب ان شا الله تعالى صح

والاوصاف تضمن بالقبض وان كانت لا تضمن بالعقد كما في قبض الغصب ولذلك ان كان النقصان بفعل المشتري فكذلك لانه لو انتقص بغير صنعه كان مضمونا عليه فبصنعه اولي وان كان بفعل اجنبي فالبايع بالخيار ان شا اخذ الارش من المشتري والمشتري يرجع به علي الجاني وان شا اتبع الجاني وهو لا يرجع علي المشتري كما في الغصب لانه لما اخذ قيمة النقصان من المشتري فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فتبين ان الجناية حصلت علي ملك متقرر له فيرجع عليه والاجنبي لم يملك فلا يرجع ولو قتله اجنبي فللبايع ان يضمن المشتري قيمته حالة ولا سبيل له علي القاتل ويرجع المشتري علي عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين فرق ها هنا بين البيع وبين الغصب فانه لو قتل المغصوب في يد الغاصب قاتل فالمالك بالخيار ان شا ضمن الغاصب قيمته حالة والغاصب يرجع علي عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين م وهم لا يرجعون علي الغاصب ووجه الفرق ان الاجنبي جني علي ملك المشتري لانه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية لا علي ملك البايع فلا يملك البايع تضمينه بخلاف الغصب فان الغاصب لا يملك المغصوب الا بتضمين المغصوب منه اياه فقبل لا ملك له فيه فكان القتل جناية علي ملك المالك والقبض جناية علي ملكه ايضا فكان له خيار التضمين فان كان النقصان بفعل البايع لا شي علي المشتري لانه صار مستردا بفعله حتي انه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه حبس عن البايع يهلك علي البايع وان وجد منه حبس ثم هلك ينظر ان هلك من سراية جناية البايع لا ضمان علي المشتري م لانه صار مستردا بفعله وان هلك لا من سراية جناية البايع فعلي المشتري ضمانه لكنه يطرح منه حصة النقصان بالجناية لانه استرد ذلك القدر بجنايته ولو قتله البايع لا ضمان علي المشتري لانه استرده بالقتل وكذلك لو حفر البايع بيرا فوقع فيه ومات لان ذلك في معني القتل فيصير مستردا له والله اعلم ولو كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري وخاطه قميصا او بطنه وحشاه بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض والاصل في هذا ان المشتري اذا احدث في المبيع صنعا لو احدثه الغاصب في المغصوب لانقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ويتقرر حقه في ضمان القيمة او المثل كما اذا

م بفعل المبيع لان هذا والنقصان بآفة سماوية سواء وان كان النقصان صح

م وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين صح

م ايضا صح

كان

كان المبيع قطنا فغزله او غزلا فنسجه او حنطة فطحنها او سمسما او عنبا فعصر او ساحة فبني عليها او شاة فذبحها وشواها او طبخها ونحو ذلك وانما كان كذلك لان القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب الا تري ان كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة او المثل حال هلاكه فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبايع ها هنا ولو كان المبيع ثوبا فصبغه المشتري بصبغ يزيد من الاحمر والاصفر ونحوهما ذكر الكرخي انه ينقطع حق البايع عنه الي القيمة وروي عن محمد رحمه الله ان البايع بالخيار ان شا اخذه واعطاه ما زاد الصبغ فيه وان شا ضمنه قيمته وهو الصحيح لان القبض علي البيع الفاسد كقبض الغصب ثم الجواب في الغصب هكذا ان المالك بالخيار ان شا اخذ الثوب واعطا الغاصب ما زاد الصبغ فيه وان شا ضمنه قيمته فكذا هذا والله اعلم ولو كان المبيع ارضا فبني عليها بطل حق الفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله وعلي المشتري ضمان قيمتها وقت القبض وعندهما لا يبطل وينقض البنا وجه قولهما ان هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البنا فكذا ها هنا ولان البنا ينقض لحق الشفيع بالاجماع وحق البايع فوق حق الشفيع بدليل ان الشفيع لا ياخذ الا بقضا والبايع ياخذ من غير قضا ولا رضا فلما نقض لحق الشفيع فلحق البايع اولي وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه لو ثبت للبايع حق الاسترداد لكان لا يخلوا اما ان يسترده م او بدون البنا لا سبيل الي الثاني لانه لا يمكن ولا سبيل الي الاول لان البنا من المشتري تصرف حصل بتسليط البايع فانه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة لان هناك لم يوجد التسليط علي البنا وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة ومنها ان الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة او بالمثل لا بالمسمي بخلاف البيع الصحيح لان القيمة هي الموجب الاصلي في البياعات لانها هي مثل المبيع في المالية الا انه يعدل عنها الي المسمي اذا صحت التسمية فاذا لم تصح وجب المصير الي الموجب الاصلي خصوصا اذا كان الفساد من قبل المسمي لان التسمية اذا لم تصح لم يثبت المسمي فصار كانه باع وسكت عن ذكر الثمن ولو كان كذلك كان بيعا بقيمة المبيع لان البيع مبادلة المال بالمال فاذا لم يذكر البدل صريحا صارت القيمة او المثل مذكورا دلالة فكان بيعا بقيمة المبيع او بمثله ان كان من قبيل الامثال

بالبناء صح

ومنها ان هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين
المملوك بلا خلاف بين اصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والاعتاق
والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين
المبيع واما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كاكل الطعام ولبس
الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح انه لا يحل
لان الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد اطلاق الانتفاع
لانه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ولهذا
لم يفد الملك قبل القبض تحرزا عن تقرير الفساد بالتسليم على ما
نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولو كان المشتري دارا لا يثبت
للشفيع فيها حق الشفعة وان كان يفيد الملك للمشتري لان حق البايع
لم ينقطع والشفعة انما تجب بانقطاع حق البايع لا بثبوت الملك
للمشتري الا ترى ان من اقر ببيع داره من فلان وفلان منكر تثبت
الشفعة وان لم يثبت الملك للمشتري لانقطاع حق البايع باقراره
وها هنا حق البايع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما
يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة ولو بيعت دار بجنب الدار
المشتراة شراء فاسدا تثبت الشفعة لان هذا الشراء صحيح فيوجب
انقطاع حق البايع فتثبت الشفعة والله اعلم ولو وطئ الجارية المشتراة
شراء فاسدا فان لم يعلقها فلا عقر عليه قبل الفسخ وان فسخ العقد
فعليه العقر وان اعلقها وضمن قيمة الجارية ففي وجوب العقر
روايتان على ما ذكرنا واما شرايطه فاثنان احدهما القبض
فلا يثبت الملك قبل القبض لانه واجب الفسخ رفعا للفساد وفي وجوب
الملك قبل القبض تقرر الفساد لانه اذا ثبت الملك قبل القبض يجب
على البايع تسليمه الى المشتري وفي التسليم تقرير الفساد وايجاب
رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض والثاني ان يكون
القبض باذن البايع فان قبض بغير اذنه اصلا لا يثبت الملك بان
نهاه عن القبض او قبض بغير محضر منه من غير اذنه فان لم
ينهه ولا اذن له بالقبض صريحا فقبض بحضرة البايع ذكر في الزيادات
انه يثبت الملك وذكر الكرخي في الرواية المشهورة انه لا يثبت وجه
رواية الزيادات انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك اذنا منه بالقبض

دلالة

هب

دلالة معنا ان العقد السابق دلالة الاذن بالقبض لانه تسليط له على
القبض فكان دليل الاذن بالقبض والاذن بالقبض قد يكون صريحا
وقد يكون دلالة كما في باب الهبة اذا قبض الموهوب له بحضرة الوا
فلم ينهه صح قبضه كذا ها هنا وجه الرواية المشهورة ان الاذن
بالقبض لم يوجد نصا ولا سبيل الى اثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا
ان في القبض تقرير الفساد فكان الاذن بالقبض اذنا بما فيه تقرير
الفساد ولا يمكن اثباته بطريق الدلالة وبه تبين ان العقد الفاسد
لا يقع تسليطا على القبض لوجود المانع من القبض على ما بينا بخلاف
الهبة لان هناك لا مانع من القبض فامكن اثباته بطريق الدلالة
ما دام المجلس فانما اشترط المجلس لان القبض في الهبة بمنزلة
الركن فيشترط له المجلس كما يشترط للقبول والله اعلم واما البيع

البيع الباطل

الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرايط الانعقاد من الاهلية
والمحلية وغيرهما وقد ذكرنا جملة ذلك في صدر الكتاب ولا حكم
لهذا البيع اصلا لان الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع الا من حيث الصورة
لان التصرف الشرعي لا وجود له بدون الاهلية والمحلية شرعا كما
لا وجود للتصرف الحقيقي الا من الاهل في المحل حقيقة وذلك نحو
بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاقيح والمضامين وكل
ما ليس بمال وكذا بيع صيد الحرم والاحرام لانه بمنزلة الميتة وكذا بيع
الحر لانه ليس بمال وكذا بيع ام الولد والمدبر والمكاتب والمستسعى
لان ام الولد حرة من وجه وكذا المدبر فلم يكن مالا على الاطلاق
والمستسعى عند ابي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين وكذا

مطلقا والمكاتب حر يدا فلم يكن مالا صح

بيع الخنزير من المسلم لانه ليس بمال في حق المسلم وكذا بيع الخمر لانها ليست متقومة في حق المسلم لان الشرع
اسقط تقومها في حق المسلمين حيث اهانها عليهم فيبطل ولا ينعقد لانه لو انعقد اما ان ينعقد بالمسمى
واما ان ينعقد بالقيمة لا سبيل الى الاول لان التسمية لم تصح ولا سبيل الى الثاني لانه لا قيمة له
اذ التقوم مبنيا على العزة والشرع اهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له واذا لم ينعقد
بطل ضرورة ومن مشايخنا من فصل في بيع الخمر تفصيلا فقال ان كان الثمن دينا بان باعها بدراهم فالبيع
باطل وان كان عينا بان باعها بثوب ونحوه فالبيع فاسد في حق الثوب وينعقد بقيمة الثوب
لان مقصود العاقدين ليس هو تملك الخمر وتمليكها لانها لا تصلح للتمليك والتملك في حق المسلم مقصودا
بل تمليك الثوب وتملكه لان الثوب يصلح مقصودا بالتملك والتمليك فالتسمية ان لم تظهر في حق الخمر

تظهر في حق الثوب ولا مقابل له فيصير كان المشتري باع الثوب ولم يذكر الثمن فينعقد بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن دينا لان الثمن يكون في الذمة وما في الذمة لا يكون مقصودا بنفسه بل يكون وسيلة الى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتمليك والتملك فيبطل اصلا واما بيع العبد بالخمر والخنزير فلا يبطل بل يفسد وينعقد بقيمة العبد لان العبد مال متقوم وكذا الخمر والخنزير في حق اهل الذمة والخمر مال في حقنا الا انه لا قيمة لها شرعا فاذا جعل الخمر والخنزير ثمنا فقد ذكر ما هو مال وكون الثمن مالا في الجملة او مرغوبا فيه عند الناس بحيث لا يوخذ مجانا بلا عوض يكفي لانعقاد العقد لان البيع مبادلة المال بالمال او مبادلة شي مرغوب بشي مرغوب الا ان كون المعقود عليه متقوما شرط الانعقاد وقد وجد وكذا بيع العبد بالمدبر وام الولد والمكاتب والمستسعى لان هذه اموال في الجملة مرغوب فيها فينعقد العقد بقيمة العبد وكذا بيع العبد بما ترعى ابله في ارضه من الكلا او بما شرب من ماء بيره لان المذكور ثمنا مال متقوم الا انه مباح غير مملوك وكذا هو مجهول ايضا فانعقد بوصف الفساد بقيمة المبيع واختلف مشايخنا في بيع العبد بالميتة والدم قال عامتهم يبطل وقال بعضهم يفسد والصحيح انه يبطل لان المسمى ثمنا ليس بمال اصلا وكون الثمن مالا في الجملة شرط الانعقاد وكذا اختلفوا فيما اذا قال بعت بغير ثمن قال بعضهم يبطل واليه ذهب الكرخي من اصحابنا وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما لو باع وسكت عن ذكر الثمن وقد ذكرنا وجه كل من القولين فيما تقدم ثم اذا باع مالا بما ليس بمال حتى بطل البيع فقبض المشتري المال باذن البائع هل يكون مضمونا عليه او يكون امانة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون امانة لانه مال قبضه باذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى فالتحق العقد بالعدم وبقي اذنه بالقبض وقال بعضهم يكون مضمونا عليه لان المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم العقد وذلك مضمون فهذا اولى واما البيع الموقوف

بيع الفضولي

فهو بيع مال الغير بغير اذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولي ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال الاجازة والرد من المالك فيتوقف في الجواب في الحال لا ان يكون التوقف حكما شرعيا وقد ذكرنا حكم

تصرفات

تصرفات الفضولي ما يبطل منها وما يتوقف فيما تقدم والله الموفق

فصل واما بيان ما يرفع حكم البيع فنقول وبالله التوفيق حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه احد العاقدين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه احد الخيارات الاربع والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع الا بالاقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالي عن الخيار

الاقالة

والكلام في الاقالة في مواضع في بيان ركن الاقالة وفي بيان ماهية الاقالة وفي بيان شرايط صحة الاقالة وفي بيان حكم الاقالة اما ركنها فهو الايجاب من احد العاقدين والقبول من الاخر فاذا وجد الايجاب من احدهما والقبول من الاخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن الكلام في صيغة اللفظ الذي ينعقد به الركن فنقول لا خلاف انه ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي بان يقول احدهما اقلت والاخر قبلت او رضيت او هويت ونحو ذلك وهل ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر عن الاستقبال بان قال احدهما لصاحبه اقلني فيقول اقلتك او قال جئتك لتقيلني فقال اقلتك قال ابو حنيفة وابو يوسف تنعقد كما في النكاح وقال محمد لا تنعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع وجه قوله ان ركن الاقالة هو الايجاب والقبول كركن البيع ثم ركن البيع لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي فكذا ركن الاقالة ولهما الفرق بين الاقالة وبين البيع وهو ان لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة والمساومة في البيع معتادة فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم تقع ايجابا بخلاف الاقالة لانه لا يمكن حمل اللفظة على حقيقتها لان المساومة فيها ليست بمعتادة فيحمل على الايجاب ولهذا حملناها على الايجاب في النكاح كذا هذا واما ماهية الاقالة وعملها فقد اختلف اصحابنا في ماهيتها قال ابو حنيفة رحمه الله الاقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث سواء كان قبل القبض او بعده وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انها فسخ قبل القبض بيع بعده وقال ابو يوسف رحمه الله انها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما الا ان لا يمكن ان تجعل بيعا فتجعل فسخا وقال محمد انها فسخ الا اذا لم يمكن ان تجعل فسخا فتجعل بيعا للضرورة وقال زفر رحمه الله انها فسخ في حق الناس كافة وجه قول زفر ان الاقالة في اللغة عبارة عن الرفع يقال في الدعاء

اللهم اقل عثراتي اي ارفعها وفي الحديث من اقال نادما اقاله الله عثراته يوم
القيامة وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اقيلوا ذوي الهيات عثراتهم الا
في حد والاصل ان معنى التصرف شرعا ما ينبي عنه اللفظ لغة ورفع
العقد فسخه ولان البيع والاقالة اختلفا اسما فيختلفان حكما هذا هو الاصل
واذا كانت رفعا لا تكون بيعا لان البيع اثبات والرفع نفي وبينهما تنافي
وكانت الاقالة على هذا التقرير فسخا محضا فيظهر في حق الناس كافة
وجه قول محمد ان الاصل فيها الفسخ لما قال زفر الا انه اذا لم يمكن ان
تجعل فسخا فتجعل بيعا للضرورة وجه قول ابي يوسف ان معنى البيع
هو مبادلة المال بالمال وهو اخذ بدل واعطا بدل وقد وجد
فكانت الاقالة بيعا معنى لوجود معنى البيع فيها والعبرة للمعنى لا للصورة
ولهذا اعطي حكم البيع في كثير من الاحكام على ما نذكر ولذا اعتبر بيعا في
حق الثالث عند ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة في تقرير معنى الفسخ
ما ذكرنا لزفر انه رفع لغة وشرعا ورفع الشي فسخه واما تقرير معنى
البيع فيه فما ذكرنا لابي يوسف ان كل واحد منهما ياخذ راس ماله
ببدل وهذا معنى البيع الا انه لا يمكن اظهار معنى البيع في الفسخ في حق
العاقدين للتنافي فاظهرناه في حق الثالث فجعل فسخا في حقهما بيعا
في حق ثالث وهذا ليس بممتنع الا ترى انه لا يمتنع ان يجعل الفعل الواحد
من شخص واحد طاعة من وجه معصية من وجه فمن شخصين
اولى والدليل عليه انها تصح من غير تسمية الثمن ولا تصح للبيع من
غير تسمية الثمن وثمرة هذا الاختلاف اذا تقايلا ولم يسميا الثمن
الثمن الاول او سميا زيادة على الثمن الاول في قول ابي حنيفة رحمه الله
وتسمية الزيادة والنقصان والاجل والجنس الاخر باطلة سوا كانت الاقالة
قبل القبض او بعده والمبيع منقول او غير منقول لانها فسخ في حق
العاقدين والفسخ رفع العقد والعقد وقع بالثمن الاول فيكون فسخه
بالثمن الاول ضرورة لانه فسخ ذلك العقد وحكم الفسخ لا يختلف
بينما قبل القبض وبينما بعده وبين المنقول وغير المنقول وتبطل التسمية
الزيادة والنقصان والجنس الاخر والاجل وتبقى الاقالة صحيحة لان
اطلاق هذه الاشيا لا يوثر في الاقالة لان الاقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة
بخلاف البيع لان الشرط الفاسد انما يوثر في البيع لانه يمكن الربا فيه والاقالة

تظهر فيما صح

او انقص من الثمن الاول او سميا جنسا آخر سوى الجنس الاول قل او كثر او اجلوا الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول صح

رفع البيع فلا يتصور تمكن الربا فيه فهو الفرق بينهما وفي قول ابي يوسف رحمه الله
ان كان بعد القبض فالاقالة على ما سميا لانها بيع جديد كانه باعه منه ابتداء
وان كان قبل القبض والمبيع عقار فكذلك لانه يمكن جعله بيعا لان بيع العقار قبل
القبض جايز عنده وان كان منقولا فالاقالة فسخ لانه لا يمكن جعلها بيعا لان
بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وروي عن ابي يوسف ان الاقالة بيع
على كل وكل ما لا يجوز بيعه لا تجوز اقالته فعلى هذه الرواية لا تجوز الاقالة
في المنقول قبل القبض عنده لانه لا يجوز بيعه وعند محمد رحمه الله ان
كان قبل القبض فالاقالة تكون على الثمن الاول وتبطل تسمية الزيادة على
الثمن الاول والجنس الاخر والنقصان فسخ في الاصل ولا مانع من جعلها
فسخا فتجعل فسخا وان تقايلا على الزيادة على الثمن الاول او على جنس
اخر سوى جنس الثمن الاول قل او كثر فالاقالة على ما سميا ويكون بيعا عنده
لانه لا يمكن جعلها فسخا هاهنا لان من شان الفسخ ان يكون بالثمن الاول
واذا لم يمكن جعلها فسخا تجعل بيعا بما سميا بخلاف ما اذا تقايلا على النقص
من الثمن الاول ان الاقالة تكون بالثمن الاول عنده وتجعل فسخا ولا
تجعل بيعا عنده لان هذا سكوت عن بعض الثمن وذكر بعض الثمن والسكوت
عن البعض لا يكون اعلى من السكوت عن الثمن وهناك تجعل فسخا لا بيعا
فها هنا اولى والله اعلم بالصواب وعلى هذا يخرج ما اذا كان المشتري
دارا ولها شفيع فقضي له بالشفعة ثم طلب منه المشتري ان يسلم الشفعة
بزيادة الثمن الاول او بجنس اخر ان الزيادة باطلة وكذا تسمية الجنس الاخر
عند ابي حنيفة ومحمد وزفر لانه لما قضي للشفيع بالشفعة فقد انتقلت
الصفقة اليه بالثمن الاول فالتسليم بالزيادة على الثمن الاول او على جنس
اخر فتبطل التسمية ويصح التسليم بالثمن الاول عندهما وانما اتفق
جوابهما هاهنا على اصل محمد لانه لا يرى جواز بيع المبيع العقار قبل القبض
فتبقى فسخا على الاصل وعند ابي يوسف الزيادة صحيحة وكذا تسمية جنس
اخر لان الاقالة عنده بيع ولا مانع من جعلها بيعا فتبقى بيعا على الاصل
ولو تقايلا البيع في المنقول ثم ان البايع باعه من المشتري ثانيا قبل ان يسترده
من يده يجوز البيع وهذا يطرد على اصل ابي حنيفة ومحمد وزفر اما على اصل
زفر فلان الاقالة فسخ مطلق في حق الكل وعلى اصل ابي حنيفة رحمه الله فسخ في
حق العاقدين والمشتري احد العاقدين وعلى اصل محمد فسخ عند عدم المانع

قبل القبض
المبيع صح

عنده

على صح

والاجل وجعل فسخا كما قاله ابو حنيفة لانه لا يمكن جعلها قبل القبض بيعا لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز عنده منقولا كان او عقارا وان كان بعد القبض فان تقايلا من غير تسمية الثمن اصلا او سميا الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان او نقصا عن الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول وتبطل تسمية النقصان ويجعل فسخا كما قال ابو حنيفة رحمه الله انتهى صح

او بجنس آخر
اقالة على الزيادة على الثمن الاول صح

من جعله فسخا ولا مانع ها هنا من جعله فسخا بل وجد المانع من جعله بيعا لان بيع
المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وكانت الاقالة فسخا عندهم فلم يكن هذا بيع
المبيع المنقول قبل القبض فجاز واما على اصل ابي يوسف فلا يطرد لان
الاقالة عنده بعد القبض بيع مطلق وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز
بلا خلاف بين اصحابنا فكان هذا الفصل حجة عليه الا ان يثبت عنه الخلاف
فيه ولو باعه من غير المشتري لا يجوز وعلى اصل ابي حنيفة وابي يوسف م هذا صح
يطرد اما على اصل ابي يوسف فلان الاقالة بعد القبض بيع جديد في
حق العاقدين وغيرهما الا المانع ولا مانع من جعلها بيعا ها هنا لانا
لو جعلناها بيعا لا تفسد الاقالة لانها حصلت بعد القبض فتجعل بيعا فكان
هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض فلم يجز واما على اصل ابي حنيفة فهي
وان كانت فسخا لكن في حق العاقدين فاما في حق غيرهما فهو بيع والمشتري
غيرهما فكان بيعا في حقه فيكون بيع المبيع المنقول قبل القبض واما
على اصل محمد وزفر فلا يطرد لانها عند زفر فسخ في حق العاقدين
وغيرهما وعند محمد الاصل فيها الفسخ الا لمانع ولم يوجد المانع فبقي
فسخا في حق الكل فلم يكن هذا بيع المنقول قبل القبض فينبغي ان
يجوز وان كان المبيع غير منقول والمسألة بحالها جاز بيعه من غير
المشتري ايضا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف وكذا قياس اصل محمد
لان على اصله الاقالة بيع في حق الكل الا اذا لم يمكن وها هنا يمكن لما قلنا
وعلى اصل ابي حنيفة بيع في حق غير العاقدين فكان هذا بيع المبيع
العقار قبل القبض وانه جائز عندهما وعند محمد فسخ الا عند التعذر
ولا تعذر ها هنا لانها حصلت بعد القبض على الثمن الاول فبقيت فسخا
فلم يكن هذا بيع المبيع قبل القبض بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل
القبض وهذا جائز عنده منقولا كان او غير منقول وعند زفر هي
فسخ على الاطلاق فلم يكن بيعه بيع المبيع المنقول قبل القبض فيجوز
وعلى هذا تخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فسلم الشفعة ثم تقايلا
البيع او اشتراها ولم يكن بجنبها دار ثم بنيت بجنبها دار ثم تقايلا البيع
فان الشفيع ياخذها بالشفعة عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الاقالة
بيع جديد في حق الكل على اصل ابي يوسف ولا مانع من جعلها بيعا وعلى
اصل ابي حنيفة بيع في حق غير العاقدين والشفيع غيرهما فيكون بيعا

في

في حقه فيستحق واما على قياس اصل محمد وزفر لا يثبت حق الشفعة
لانها فسخ مطلق على اصل زفر وعلى اصل محمد فسخ ما امكن وها هنا
ممكن والشفعة تتعلق بالبيع لا بالفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية ونحو
ذلك ولو تقايلا ثم وهب البايع المبيع من المشتري قبل الاسترداد وقبله
المشتري جازت الهبة وملكه المشتري ولا تنفسخ الاقالة ولو كان هذا
في البيع لا تجوز الهبة وينفسخ البيع بان وهب المشتري المبيع قبل
القبض من البايع وقبله البايع وهذا يشكل على اصل ابي يوسف لانه
اجرى الاقالة بعد القبض مجرى البيع ولو كانت كذلك لما جازت
الهبة وكانت فسخا للاقالة كما كانت فسخا للبيع ثم الفرق على اصل من
يجعلها فسخا ظاهر لان الفسخ لا يحتمل الفسخ فلا يمكن جعل الهبة مجازا
عن الاقالة فلا تنفسخ الاقالة بخلاف البيع لانه يحتمل الفسخ فامكن
جعل الهبة مجازا عن اقالة البيع ولو كان المبيع مكيلا او موزونا فباعه مكايلة
او موازنة فتقايلا البيع فاسترده البايع من غير كيل او وزن صح قبضه
وهذا لا يطرد على اصل ابي يوسف لان الاقالة م قبل قبض المبيع او بعده
ثم وجد البايع به عيبا كان عند بايعه ليس له ان يرده عليه وهذا
على اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يطرد لان الاقالة على اصل
ابي يوسف بيع في حق الكل وعلى اصل ابي حنيفة بيع في حق ثالث
وكان بيعا في حقه فيصير كانه اشتراه ثانيا او ورثه من المشتري وعلى
اصل محمد وزفر يشكل لان الاقالة فسخ على اصلهما فينبغي ان لا
يمنع الرد ولو اشترى شيئا وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من اجنبي
ثم تقايلا وعاد المبيع الى المشتري ثم ان بايعه اشتراه باقل مما باعه
من الثمن الاول قبل النقد يجوز وهذا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف
صحيح لان الاقالة على اصل ابي يوسف بيع في حق العاقدين وغيرهما
وعلى اصل ابي حنيفة بيع في حق ثالث والبايع الاول ها هنا ثالث
وكانت الاقالة بيعا في حقه كان المشتري الاول اشتراه ثانيا ثم باعه
باقل من الثمن الاول قبل النقد وذلك جائز كذا هذا واما على اصل
محمد وزفر فلا يطرد لانهما يجعلان الاقالة فسخا وكانت اعادة الى
قديم الملك فينبغي ان لا يجوز واما شرايط صحة الاقالة فمنها
رضى المتقابلين اما على اصل ابي يوسف فظاهر لانها بيع مطلق

م قبض لو كانت بيعا لما
صح قبضه من غير كيل
او وزن كما في البيع
ولو تقايلا صح

م م من بايعه صح

م الا بتراضيهما فلا تفسخ صح

والرضا شرط صحة البياعات واما على اصل ابي حنيفة ومحمد وزفر
فلانها فسخ العقد والعقد لم ينعقد على الصحة الا بتراضيهما ايضا ومنها
المجلس لما ذكرنا ان معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس كما
يشترط للبيع ومنها تقابض بدلي الصرف في اقالة الصرف وهذا
على اصل ابي يوسف ظاهر وكذلك على اصل ابي حنيفة رحمه الله لان قبض
البدلين انما وجب حقا لله تعالى الا ترى انه لا يسقط باسقاط العبد
والاقالة على اصله ان كانت فسخا في حق العاقدين فهي بيع جديد في
حق ثالث فكان حق الشرع في حكم ثالث فيجعل بيعا في حقه ومنها
ان يكون المبيع محل الفسخ بساير اسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط
والرؤية والعيب عند ابي حنيفة وزفر رحمهما الله فان لم يكن بان ازداد
زيادة تمنع الفسخ بهذه الاسباب لا تصح الاقالة عندهما وعند ابي يوسف
ومحمد هذا ليس بشرط اما على اصل ابي حنيفة وزفر فظاهر لان
الاقالة عندهما فسخ العقد فلا بد وان يكون المحل للفسخ فاذا خرج

م محمد صح

عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الاقالة ضرورة واما على اصل ابي
يوسف فلانها بعد القبض بيع مطلق وهو بعد الزيادة محتمل للبيع
فيبقى محتملا للاقالة وعلى اصل محمد وان كانت فسخا لكن عند الامكان
ولا امكان هاهنا لانا لو جعلناها فسخا لم تصح ولو جعلناها بيعا لصحت
فيجعل بيعا لضرورة الصحة فلهذا اتفق جواب محمد مع جواب ابي يوسف
في هذا الفصل ومنها قيام المبيع وقت الاقالة فان كان هالكا وقت
الاقالة لم تصح فاما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط ووجه الفرق
ان اقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن



لانه هو المعقود عليه على معنى ان العقد ورد عليه لا على الثمن لانه لا يرد
على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لانه لا يحتمل التعيين وان عين
لانه اسم لما في الذمة فلا يتصور ايراد العقد عليه دل ان قيام البيع بالمبيع
لا بالثمن فاذا هلك لم يبق محل حكم البيع في الحقيقة واذا هلك الثمن

م فلا يبقى حكمه فلا يتصور الاقالة التي هي رفع حكم للبيع صح

فمحل حكم البيع قايم فتصح الاقالة وعلى هذا تخرج ما اذا تبايعا بدين
كالدراهم والدنانير عينا او لم يعينا والفلوس والمكيل والموزون والعددي
المتقارب الموصوف في الذمة ثم تقايلا انهما ان تقايلا والعين قايمة في يد
المشتري صحت الاقالة سوا كان الثمن قايما في يده او هالكا لان القيام محل حكم البيع

بقيام

بقيام المعقود عليه وان تقايلا بعد هلاك العين لم تصح وكذا ان كانت قايمة
وقت الاقالة ثم هلكت قبل الرد على البايع بطلت الاقالة سوا كان الثمن
قايما او هالكا لان الاقالة فيها معنى البيع الا ترى ان بعد الاقالة وجب
على كل واحد منهما رد ما في يده على صاحبه فكان هلاك المبيع بعد
الاقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض فانه يوجب
بطلان البيع كذا هذا سوا بقي الثمن او هلك لانه اذا لم يتعين فقيامه
وهلاكه بمنزلة واحدة وكذلك لو كان المبيع عبدين فتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا
انه لا تصح الاقالة لما ذكرنا ان المعقود عليه اذا هلك لم يبق محل الفسخ
بالاقالة وكذا لو كان احدهما هالكا وقت الاقالة والاخر قايما وصحت الاقالة
ثم هلك القايم قبل الرد بطلت الاقالة لانه هلك المعقود عليه قبل
القبض على ما بينا ولو تبايعا عينا بعين وتقابضا ثم هلك احدهما في يد
مشتريها ثم تقايلا صحت الاقالة وعلى مشتري الهالك قيمة الهالك
ان لم يكن له مثل ومثله ان كان له مثل فيسلمه الى صاحبه ويسترد
منه العين لان كل واحد منهما مبيع على حدة لقيام العقد بكل واحد
منهما ثم خرج الهالك من ان يكون قيام العقد به فيقوم بالاخر واذا
بقي المبيع بقي محل الفسخ فتصح او نقول المبيع احدهما والاخر ثمن
اذ المبيع لا بد له من الثمن فاذا هلك احدهما تعين الهالك للثمن
والقايم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد وفي القلب افساده فكان التصحيح
اولى فبقي البيع ببقاء المبيع فاحتمل الاقالة وكذلك لو تقايلا والعينان
قايمتان ثم هلك احدهما بعد الاقالة قبل الرد لا تبطل الاقالة لان
هلاك احدهما قبل الاقالة لما لم يمنع صحة الاقالة فهلاكها بعد
الاقالة لا يمنع بقاها على الصحة من طريق الاولى لان البقا اسهل

م وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض لانه لا ينعقد باحد العرضين ابتداء صح

من الابتداء واذا انعقد بهما ثم هلك احدهما قبل القبض يبطل
البيع لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد باحد البدلين ويبطل
بهلاك احد العرضين قبل القبض لان كل واحد من العرضين
مبيع وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع فاما الاقالة فرفع البيع
فيستدعي بقا حكم البيع وقد بقي ببقا احدهما وعلى هذا يخرج
اقالة السلم قبل قبض المسلم فيه انها جايزة سوا كان راس المال
عينا او دينا وسوا كان قايما في يد المسلم اليه او هالكا لان المبيع هو

المسلم فيه وانه قايم وهذا لان المسلم فيه وان كان دينا حقيقة فله
حكم العين حتى لا يجوز استبداله قبل القبض فكان كالمعقود عليه
وانه قايم فوجد شرط صحة الاقالة واذا صحت فان كان راس المال
عين مال قايمة رده المسلم اليه بعينه وان كانت هالكة فان
كان مما له مثل رد مثله وان كان مما لا مثل له رد قيمته وان كان دينا رد — مثل صح
مثله قايما او هالكا لانه لا يتعين بالتعيين فهلاكه وقيامه سوا
وكذلك لو كانت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وانه قايم في يد رب
السلم انه تصح الاقالة ثمة لانها صحت حال كونه دينا حقيقة فحال
صيرورته عينا بالقبض اولى واذا صحت فعلى رب السلم رد عين
المقبوض لان المقبوض بعقد السلم كانه عين ما ورد عليه العقد
بدليل انه يجوز بيعه مرابحة على راس المال والمرابحة بيع ما
اشتراه البايع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح واذا كان المقبوض
عين ما ورد عليه العقد في التقدير والحكم وجب رد عينه في
الاقالة ولو اشترى عبدا بنقرة او بمصنوع وتقابضا ثم هلك العبد
في يد المشتري ثم تقايلا والفضة قايمة في يد البايع صحت
الاقالة لان كل واحد منهما مبيع لتعينه بالتعيين وكان معقودا
عليه فيبقى البيع ببقا احدهما وعلى البايع رد عين الفضة ويسترد
من المشتري قيمة العبد لكن ذهبا لا فضة لان الاقالة وردت على
قيمة العبد فلو استرد قيمته فضة والقيمة تختلف وتزداد او تنتقص
فيودي الى الربا ولو كان العبد قايما وقت الاقالة ثم هلك قبل
الرد على البايع فعلى البايع ان يرد الفضة ويسترد قيمة العبد ان شا ذهبا — فعلى البايع صح
وان شا فضة لان الاقالة هاهنا وردت على عين العبد ثم وجبت
القيمة على المشتري بدلا للعبد ولا ربا بين العبد وقيمته والله
اعلم بالصواب
تجز الجزو د ه

السادس من البدايع يتلوه في
الجزو السابع كتاب القرض
ان شا الله تعالى ووافق
الفراغ من هذا الجزو في
الخامس عشر شهر رمضان المعظم
سنة ...

صح بلغ مقابلة ...